



# diritto & religioni

**Semestrale**  
**Anno XI - n. 1-2016**  
**gennaio-giugno**

ISSN 1970-5301

**21**



**LUIGI  
PELLEGRINI  
EDITORE**

# Diritto e Religioni

Semestrale  
Anno XI - n. 1-2016  
**Gruppo Periodici Pellegrini**

*Direttore responsabile*  
Walter Pellegrini

*Direttore*  
Mario Tedeschi

*Segretaria di redazione*  
Maria d'Arienzo

## *Comitato scientifico*

F. Aznar Gil, A. Autiero, R. Balbi, G. Barberini, A. Bettetini, F. Bolognini, P. A. Bonnet, P. Colella, O. Condorelli, P. Consorti, R. Coppola, G. Dammacco, P. Di Marzio, F. Falchi, M. C. Folliero (†), A. Fuccillo, M. Jasonni, G. J. Kaczyński, G. Leziroli, S. Lariccia, G. Lo Castro, M. F. Maternini, C. Mirabelli, M. Minicuci, L. Musselli (†), R. Navarro Valls, P. Pellegrino, F. Petroncelli Hübler, S. Prisco, A. M. Punzi Nicolò, M. Ricca, A. Talamanca, P. Valdrini, M. Ventura, A. Zanotti, F. Zanchini di Castiglionchio

## *Struttura della rivista:*

### **Parte I**

#### SEZIONI

*Antropologia culturale*  
*Diritto canonico*  
*Diritti confessionali*

*Diritto ecclesiastico*  
*Sociologia delle religioni e teologia*  
*Storia delle istituzioni religiose*

#### DIRETTORI SCIENTIFICI

M. Minicuci  
A. Bettetini, G. Lo Castro  
M. d'Arienzo, V. Fronzoni,  
A. Vincenzo  
M. Jasonni, L. Musselli (†)  
G.J. Kaczyński, M. Pascali  
R. Balbi, O. Condorelli

### **Parte II**

#### SETTORI

*Giurisprudenza e legislazione amministrativa*  
*Giurisprudenza e legislazione canonica*  
*Giurisprudenza e legislazione civile*

*Giurisprudenza e legislazione costituzionale e comunitaria*  
*Giurisprudenza e legislazione internazionale*  
*Giurisprudenza e legislazione penale*  
*Giurisprudenza e legislazione tributaria*

#### RESPONSABILI

G. Bianco  
P. Stefani  
L. Barbieri, Raffaele Santoro,  
Roberta Santoro  
  
G. Chiara, R. Pascali  
S. Testa Bappenheim  
V. Maiello  
A. Guarino

### **Parte III**

#### SETTORI

*Lecture, recensioni, schede,*  
*segnalazioni bibliografiche*

#### RESPONSABILI

M. Tedeschi

## Comitato dei referees

Prof. Andrea Bettetini - Prof.ssa Geraldina Boni - Prof. Salvatore Bordonali - Prof. Orazio Condorelli - Prof. Pierluigi Consorti - Prof. Raffaele Coppola - Prof. Pasquale De Sena - Prof. Saverio Di Bella - Prof. Francesco Di Donato - Prof. Olivier Echappè - Prof. Nicola Fiorita - Prof. Antonio Fuccillo - Prof. Chiara Ghedini - Prof. Federico Aznar Gil - Prof. Ivàn Ibàn - Prof. Pietro Lo Iacono - Prof. Dario Luongo - Prof. Agustin Motilla - Prof. Salvatore Prisco - Prof. Annamaria Salomone - Prof. Patrick Valdrini - Prof. Gian Battista Varnier - Prof. Carmela Ventrella - Prof. Marco Ventura.

# *Libertà (e diritti) fondamentali, valore della Costituzione, conflitto tra poteri (e tra livelli di governo): evidenze problematiche dall'approccio della Corte Suprema statunitense al same sex marriage\**

GIUSEPPE D'ANGELO

## 1. *La questione delle unioni omosessuali. Valore intrinseco e ricadute generali e di principio*

La questione del riconoscimento giuridico delle unioni omosessuali (ovvero della loro equiparazione al matrimonio) riveste plurime ragioni di interesse, che ne anticipano la connotazione interdisciplinare e danno conto delle molteplici chiavi di lettura attraverso le quali può venire indagata<sup>1</sup>.

Certo, essa appare anzitutto connotata da un valore per così dire intrinseco, che le deriva direttamente dalla qualità e dall'impatto sociale delle rivendicazioni che vi si riconnettono, come testimoniano i toni accesi e divisivi che contraddistinguono il relativo dibattito. Conferendogli peraltro una direzione non sempre adeguata ed anzi talora fuorviante<sup>2</sup>.

Non è però da sottovalutare l'importanza delle più profonde dinamiche

---

\* Alla Prof.ssa Maria Cristina Folliero, nel grato ricordo dei suoi preziosi insegnamenti, del suo vivido esempio.

<sup>1</sup> Basti per ora confrontare, a mero titolo esemplificativo, tra i contributi più recenti, LAURA LORELLO, *Coppie omosessuali e tutela costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2015; DANIELE FERRARI (a cura di), *Lo status giuridico delle coppie same sex: una prospettiva multilivello*, Primiceri editore, Padova-Pavia, 2014; ANGELO SCHILLACI (a cura di), *Omosessualità, eguaglianza, diritti*, Carocci, Roma, 2014; FEDERICA MANNELLA, *I diritti delle unioni omosessuali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013.

<sup>2</sup> Con particolare riguardo al dibattito italiano in argomento, si è così potuto osservare, in particolare, che «È una semplificazione ricorrente quella che riconduce alla contrapposizione tra “laici” e “cattolici” il confronto – serrato talora aspro – che nel Paese e nel Parlamento si sta svolgendo a proposito della regolamentazione delle unioni civili, segnatamente per quanto concerne la *stepchild adoption* estesa alle coppie di omosessuali. Lo stesso avviene, non di rado, rispetto alle più importanti questioni di bioetica»: VINCENZO TURCHI, *Unioni civili e stepchild adoption. A proposito del dibattito in corso, ricordando la lezione di Norberto Bobbio*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista on line), n. 9/2016, [http://www.statoechiese.it/images/stories/2016.3/turchi\\_unioni.pdf](http://www.statoechiese.it/images/stories/2016.3/turchi_unioni.pdf), che si riporta alle considerazioni espresse da Massimo Salvadori in un articolo comparso su *la Repubblica* del 18 febbraio 2016.

che vi sono sottese e degli ampi nessi sistemici implicati. Le une e gli altri tali da renderla snodo esemplare di convergenza di processi e tensioni dalla rilevante portata generale e di principio.

Ciò vale naturalmente anche per i profili che riguardano più da vicino gli studiosi della regolamentazione giuridica del fatto religioso<sup>3</sup> ovvero, come si preferisce più di recente, delle relazioni tra diritto e religione<sup>4</sup>.

Soprattutto quanti, tra questi, siano particolarmente interessati a cogliere e valorizzare le potenzialità costruttive della libertà religiosa<sup>5</sup>, precipuamente nella sua relazione dinamica con la tutela promozionale della persona<sup>6</sup>. Ed ancora ad approfondire l'impatto su senso e portata dei diritti fondamentali ed, *in primis*, sulla libertà religiosa stessa che è prodotto dalla peculiare curvatura assunta dal principio giuridico di laicità<sup>7</sup>, per come si (ri)configura – va da sé: con le specificità dei contesti di tempo e luogo<sup>8</sup> – in rapporto al c.d. ruolo pubblico delle religioni<sup>9</sup>.

In effetti, alla base delle rivendicazioni intese ad accomunare in una unitaria cornice regolamentare le unioni tra persone di sesso opposto (ed in particolare, tra queste, quelle che assurgono al rango di matrimonio) e le

---

<sup>3</sup> Che anche in questo caso si giovano della loro propensione costitutiva ad occuparsi «della regolamentazione del pluralismo dei valori, prima ancora che di un pluralismo normativo»: così, con precipuo riferimento alla declinazione, per l'ecclesiasticista, delle problematiche giuridiche derivanti dalla multiculturalità ma con un'evidente portata generale, MARIA D'ARIENZO, *Diritti culturali e libertà religiosa*, in *Diritto e religioni*, n. 2/2014, p. 590.

<sup>4</sup> Cfr. GIANFRANCO MACRÌ - MARCO PARISI - VALERIO TOZZI (a cura di), *Diritto e religione. L'evoluzione di un settore della scienza giuridica attraverso il confronto fra quattro libri*, Plectica editrice, Salerno, 2012.

<sup>5</sup> Rileva che «Il “di più” assicurato dall'idea di libertà giuridica ha a che fare con la capacità del soggetto di innovare l'ordinamento e con la necessità di questo di etero-integrarsi»: MARIO RICCA, *Pantheon. Agenda della laicità interculturale*, Torri del Vento, Palermo, 2012, p. 145.

<sup>6</sup> Sulla generale rilevanza – e sulle ampie potenzialità – del collegamento tra libertà religiosa, coscienza e dignità umana, nella prospettiva della riaffermazione della centralità della persona, rinvio a GIUSEPPE D'ANGELO, *Dignità della persona e tendenza religiosa tra pubblico e privato: verso un nuovo equilibrio?*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1/2013, pp. 183 ss.

<sup>7</sup> Evidenzia opportunamente la molteplicità dei luoghi «nei quali si sviluppa il valore della laicità e la tutela sia della libertà religiosa che di coscienza» e quindi l'ampio configurarsi della laicità quale strumento di educazione alla convivenza, GIOVANNI CIMBALO, *Laicità come strumento di educazione alle convivenze*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista on line), marzo 2007, [http://www.statoechiese.it/images/stories/papers/200703/cimbalo\\_laicita.pdf](http://www.statoechiese.it/images/stories/papers/200703/cimbalo_laicita.pdf) (l'espressione riportata testualmente è a p. 58).

<sup>8</sup> Cfr. MARIA CRISTINA FOLLIERO, *Diritto Ecclesiastico. Elementi. Principi scritti principi non scritti regole. Quaderno 1. I principi non scritti*, Giappichelli, Torino, 2007, part. pp. 132 ss.

<sup>9</sup> Ovvero in rapporto all'idea, che «Attualmente conta pochi sparuti oppositori», che la religione «deve poter incidere sui processi decisionali che tradizionalmente spettano al potere politico»: MARIA CRISTINA FOLLIERO - ANTONIO VITALE, *Diritto Ecclesiastico. Elementi. Principi scritti principi non scritti regole. Quaderno 2. I principi scritti*, Giappichelli, Torino, 2012., p. 20.

unioni tra persone dello stesso sesso vi sono fondamentali istanze di libertà, in buona misura sovrapponibili (se non del tutto coincidenti) a quelle che confluiscono nel più specifico alveo protettivo di quella libertà primigenia<sup>10</sup> che si qualifica con l'attributo di "religiosa".

V'è cioè la libertà di orientare le proprie scelte (anche) in materia (affettiva e) matrimoniale in senso strettamente conforme al proprio stile di vita ovvero, più nel profondo, alle opzioni (religiose e non) che lo sostanziano. E quindi al rispetto della propria identità.

In realtà, cogliere e porre concretamente in valore questo collegamento non è operazione semplice. Essa è in particolare condizionata dalla evoluzione degli assetti socio-culturali e dalle sensibilità dominanti in un certo contesto ed in un certo momento storico. Nonché, più o meno consapevolmente a seconda dei casi, da una certa ostilità delle religioni. O quantomeno di una buona fetta di esse<sup>11</sup>.

Questa operazione è quindi inevitabilmente lontana dal condurre ad approdi (definiti e) definitivi. E va di conseguenza declinata nei termini dinamici di un progressivo disvelamento<sup>12</sup>, che si snoda lungo quella relazione dialettica, naturalmente insita nella vicenda giuridica quale portato dell'attività umana, tra gli opposti poli della continuità e della frattura, della conferma e della riforma, della evoluzione e della rivoluzione<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Per una versione aggiornata e problematica di questo risalente riconoscimento, MARIO RICCA, *Pantheon* cit., pp. 133 ss. ed ancora pp. 144 ss.

<sup>11</sup> Per una panoramica, sintetica ma alquanto significativa, che testimonia come non si tratti di ipotesi esclusiva del contesto italiano, ROBERT WINTEMUTE, *Religious vs. Sexual Orientation: A Clash of Human Rights*, in ELEONORA CECCHERINI (ed.), *Sexual Orientation in Canadian Law*, Giuffrè, Milano, 2004, partt. pp. 209 ss., che così esordisce al riguardo: «How should the law deal with the problem of continuing hostility on the part of many religious individuals and institutions towards LGBT individuals and same-sex couples? If you are an LGBT person anywhere in the world, it is hard to have warm feelings toward most major religious institutions. What you and your partner consider lovemaking, they will often call an "abomination". When you seek the same rights, opportunities and benefits as heterosexual persons, many religious individuals and organizations will fight you every step of the way, whether they are defending the State's power to put you in jail for your private sexual activity, the rights of employers and landlords to refuse you jobs and apartments, or laws denying you and your partner spousal or parental rights (...) Examples of religious hostility are not hard to find (...)».

<sup>12</sup> Si vedano, con precipuo riferimento al diritto della Chiesa cattolica ma con esplicite ricadute esplicative sulla più generale dinamica giuridica, le illuminanti considerazioni di SALVATORE BERLINGÒ, *Nel silenzio del diritto. Risonanze canonistiche*, a cura di SARA DOMIANELLO, ANGELO LICASTRO e ANTONINO MANTINEO, Il Mulino, Bologna, 2015, a partire dalla considerazione (p. 9) per cui «Si dà il caso (...) che molte volte il diritto taccia perché piegato al silenzio dalla chiusura ermeneutica delle sue forme, di tal guisa che vieppiù vibrante risuona l'eco all'appello della giustizia, di quelle forme sostanza».

<sup>13</sup> Cfr. SALVATORE BERLINGÒ, *Enti ecclesiastici. Costituzione e riconoscimento*, in ISABELLA BOLGIANI (a cura di), *Enti di culto e finanziamento delle confessioni religiose*, Il Mulino, Bologna, 2007.

Una relazione dialettica che quindi, così come le criticità cui intende rispondere, non è confinabile al pur rilevante tema delle unioni omosessuali ma assume una più ampia portata, il cui senso e la cui direzione di marcia sono resi oggi più sfuggenti (quantomeno in termini di prevedibilità ed inquadramento teorico-dogmatico) da quella crisi delle categorie tradizionali che costituisce la riconosciuta cifra distintiva della contemporaneità giuridica<sup>14</sup>.

Così come dallo scarto talora abissale (ma anch'esso connaturale all'essere umano) che intercorre tra i fatti e le loro variegate visioni e narrazioni<sup>15</sup>.

In effetti, già in termini generali, gli esiti parziali e storicamente situati di queste dinamiche debbono molto alla variabilità dei rapporti di forza che si stabiliscono tra gli attori, sociali ed istituzionali, in campo. Così come alla persuasività dei rispettivi strumenti e delle rispettive argomentazioni.

Proprio il tema delle unioni omosessuali ben si presta a testimoniare più nello specifico l'estrema complessità di queste interrelazioni ed il carattere variegato e mutevole delle forme di composizione tra i molteplici interessi coinvolti dai processi di emersione e riconoscimento dei c.d. nuovi diritti<sup>16</sup>.

Ed ancora a fungere da ipotesi paradigmatica del ruolo che in questi processi di valorizzazione delle potenzialità innovative della libertà va ascritto alla giurisprudenza<sup>17</sup> ed al conflitto tra poteri che consegue al suo rinnovato protagonismo.

Evidenziandone tutte le tensioni e le problematicità di fondo.

---

<sup>14</sup> E che conseguentemente impone di ridefinire forme e strumenti di comprensione e, soprattutto, di azione, dando nuova linfa a quelle necessarie capacità di adattamento che non possono non assistere tanto gli studiosi e gli operatori del diritto che le stesse istituzioni: cfr., con particolare riguardo alle ricadute della crisi economico-finanziaria, GIAMPIERO DI PLINIO, *Nuove mappe del caos. Lo Stato e la costituzione economica della crisi globale*, in GINEVRA CERRINA FERONI - GIUSEPPE FRANCO FERRARI (a cura di), *Crisi economico-finanziaria e intervento dello Stato. Modelli comparati e prospettive*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 65 ss.

<sup>15</sup> Per un esemplare riscontro, MARIA CRISTINA FOLLIERO, *Enti ecclesiastici tra continuismo e ristrutturazioni: statuto giuridico, visioni e narrazioni*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 2/2014, pp. 347 ss.

<sup>16</sup> Muove proprio dal richiamo al «passaggio da “l'età dei diritti” alla “età dei nuovi diritti”» (citando MARTA CARTABIA, *I “nuovi” diritti*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista on line), n. 25/2015, [http://www.statoechiese.it/images/stories/2011.2/cartabia\\_i\\_nuovi.pdf](http://www.statoechiese.it/images/stories/2011.2/cartabia_i_nuovi.pdf), per registrare il passo avanti compiuto dalla Corte Suprema degli Stati Uniti in tema di *same sex marriage*, GIUSEPPE CASUSCELLI, *“A CHIARE LETTERE – TRANSIZIONI Obergefell v. Hodges: il diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso nella pronuncia della Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista on line), n. 25/2015, [http://www.statoechiese.it/images/stories/2015.7/casuscelli\\_libert.pdf](http://www.statoechiese.it/images/stories/2015.7/casuscelli_libert.pdf)

<sup>17</sup> Cfr. SARA DOMIANELLO, *Osservazioni sulla laicità quale tecnica metodologica di produzione del “diritto giurisprudenziale”*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista on line), marzo 2011, [http://www.statoechiese.it/images/stories/2011.3/domianello\\_osservazioni.pdf](http://www.statoechiese.it/images/stories/2011.3/domianello_osservazioni.pdf)

2. *In particolare, forma e sostanza nei percorsi giurisprudenziali di valorizzazione della proiezione identitaria della libertà. Notazioni introduttive dal caso italiano*

Invero, per ciò che concerne i nostri confini nazionali, lo stretto rapporto che sussiste tra libertà (religiosa e) matrimoniale, tutela dell'identità e valore fondante della persona può dirsi (finalmente) certificato proprio dalla interpretazione evolutiva della giurisprudenza. Ovvero dalla riconduzione dell'unione omosessuale nel concetto di formazione sociale di cui all'art. 2 della Costituzione per come operato dalla Corte costituzionale nella nota sentenza n. 138 del 2010<sup>18</sup>.

Peraltro, nella sostanza dell'approdo raggiunto dalla Corte, le potenzialità di questo significativo collegamento appaiono in buona parte inesprese, se non proprio sconfessate<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Vanno peraltro immediatamente ricordate le censure mosse nei confronti dell'Italia da *Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, sentenza 21 luglio 2015, *Oliari contro Italia*, con la quale la Corte di Strasburgo ha riconosciuto che l'omessa adozione da parte dell'Italia di una legislazione diretta al riconoscimento ed alla protezione delle unioni tra persone dello stesso sesso costituisce violazione dell'art. 8 della Convenzione («*Diritto al rispetto della vita privata e familiare*»). Peraltro, la decisione non è parsa del tutto convincente, atteso che «Al di là del clamore mediatico che la pronuncia ha già suscitato, essa pone diversi interrogativi quanto al ragionamento effettuato dai giudici europei per giungere alla decisione di condanna, nonché quanto all'impatto della stessa sull'ordinamento italiano e degli altri Stati del Consiglio d'Europa aventi, al pari dell'Italia, un vuoto legislativo in materia»: MARCO PARISI, *Verso una tutela nazionale e sovranazionale delle unioni (matrimoniali e civili) tra persone dello stesso sesso? Riflessioni a margine del caso Oliari e altri contro Italia*, in *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale* (rivista on line), n. 5/2016, [http://www.statoechiese.it/images/stories/2016.2/parisi\\_verso\\_una.pdf](http://www.statoechiese.it/images/stories/2016.2/parisi_verso_una.pdf), p. 11. Si noti che la decisione della Corte di Strasburgo (sulla quale si vedano altresì, anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici, ALESSANDRO CESERANI, *Il caso «Oliari» avanti la Corte di Strasburgo e la condizione delle coppie «same-sex» in Italia: brevi riflessioni*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1/2015, pp. 785 ss. e LIVIO SCHAFFIDI RUFFELLA, *Il diritto al rispetto della vita familiare per le coppie formate da persone dello stesso sesso nella decisione del 21 luglio 2015 della corte europea dei diritti dell'uomo nel caso «Oliari and others v. Italy»*, ivi, pp. 803 ss.) fa seguito ad un giudizio nel cui ambito era sorta la questione di legittimità costituzionale decisa dalla Corte costituzionale proprio con la sentenza n. 138 del 2010 di cui nel testo. Come peraltro osserva FRANCESCO ALICINO, *Le coppie dello stesso sesso. L'arte dello Stato e lo stato della giurisprudenza*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, agosto 2015, <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2015/07/alicino.pdf>, «Si tratta di una decisione la cui portata e le relative conseguenze si apprezzano pienamente solo se analizzati alla luce delle situazioni e degli episodi che hanno puntellato un lungo percorso giurisprudenziale, esattamente confluito e diligentemente sintetizzato nelle motivazioni del 21 luglio 2015».

<sup>19</sup> Si vedano i rilievi di NICOLA COLAIANNI, *Diritto pubblico delle religioni. Eguaglianza e differenze nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2012, pp. 255 ss., ove peraltro si da conto della (ennesima) divergenza di vedute tra Corte Costituzionale e Corte di Cassazione (sulla quale, altresì, oltre *sub* nota 11). Particolarmente a tale ultimo riguardo, l'Autore fa riferimento al riconoscimento operato da *Cass. 15 marzo 2012, n. 4184*, per la quale è «radicalmente superata la concezione secondo cui la diversità di sesso dei nubendi è presupposto indispensabile, per così dire, “naturalistico” della stessa “esistenza” del matrimonio», per osservare che «Sotto questo profilo la Cassazione, correggendo

Pur muovendo dall'inclusione delle unioni omosessuali nel novero delle formazioni sociali tutelate dall'art. 2 Cost., la Corte ha infatti mancato di trarne le più estreme conseguenze sul piano delle tutele concretamente poste a loro presidio<sup>20</sup>. Ed ha in particolare negato che esse, pur meritevoli di venire salvaguardate, siano immediatamente accomunabili alle unioni matrimoniali (tra persone di sesso diverso) e debbano necessariamente godere della più ampia tutela riconosciuta a queste ultime<sup>21</sup>.

Ne deriva che l'iniziale ancoraggio di quella libertà di scelta al valore fondante della persona umana (le formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost. sono, per vero, tutelate in quanto luoghi di svolgimento della personalità) abbia finito col perdere buona parte del proprio potenziale innovativo, risultando repressa dalla configurazione assegnata all'istituto matrimoniale<sup>22</sup>.

---

la propria giurisprudenza, ha fatto mancare il terreno sotto i piedi della Corte costituzionale, che quella giurisprudenza aveva presupposto per stabilire che «le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio»: con l'art. 29 – aveva argomentato – il costituente «intese riferirsi al matrimonio nel significato tradizionale di detto istituto», riflesso nella normativa del codice civile che «contempla esclusivamente il matrimonio tra uomo e donna», secondo la «base naturalistica» ravvisata dalla Cassazione (...). La Corte, per vero, aveva portato altra acqua al mulino della concezione «naturalistica» prendendo apoditticamente partito per una tesi assai discutibile: la «(potenziale) finalità procreativa del matrimonio che vale a differenziarlo dall'unione omosessuale». Invero, tale finalità è un elemento essenziale del matrimonio canonico (...) ma non pure del matrimonio civile».

<sup>20</sup> Sul punto, anche per gli opportuni riferimenti dottrinali, si rinvia a MARCO PARISI, *Verso una tutela* cit., pp. 2 ss.

<sup>21</sup> Ad avviso della Corte, cioè, dalla suddetta riconduzione delle unioni omosessuali nell'alveo dell'art. 2 Cost. non può derivare l'estensione ad esse della disciplina del matrimonio. Tale estensione rimane infatti rimessa alla valutazione discrezionale del potere politico ovvero anzitutto del legislatore. Nondimeno, la successiva *Corte di Cassazione, sent. n. 2400 del 9 febbraio 2015* sembrerebbe voler mitigare l'atteggiamento attendista della Corte costituzionale sollecitando i giudici comuni ad intervenire, in senso perequativo, «in tutte le situazioni nelle quali la mancanza di una disciplina legislativa determina una lesione dei diritti fondamentali scaturenti dalla relazione in questione». Si è così osservato che, «Conformemente a tale orientamento, lo statuto giuridico delle coppie dello stesso sesso sarebbe passibile d'integrazione giurisprudenziale secondo un processo di omogeneizzazione di tali coppie rispetto alla condizione in cui versano le coppie coniugate, ma non fino al punto di introdurre il matrimonio, che, per la Suprema Corte, resta invece riservato all'intervento disciplinatore del legislatore»: MARCO PARISI, *Verso una tutela* cit., p. 3, *sub* nota 4.

<sup>22</sup> Così, testualmente, la Corte: «per formazione sociale deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico. In tale nozione è da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri. Si deve escludere, tuttavia, che l'aspirazione a tale riconoscimento – che necessariamente postula una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia – possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio. È sufficiente l'esame, anche non esaustivo, delle legislazioni dei Paesi che finora hanno riconosciuto le unioni suddette per verificare la diversità delle scelte operate. Ne deriva, dunque, che, nell'ambito applicativo dell'art. 2 Cost., spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua

Si ha infatti che, nel passaggio dall'inquadramento teorico (seppure in larga misura implicito) alla concretezza del riconoscimento giuridico, l'interesse della coppia omosessuale ad orientare liberamente le proprie scelte affettive secondo (coscienza ed) identità dei singoli *partner* diviene «diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendo il relativo riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri» e non, come sembrerebbe invece più consono alla particolare qualità del legame che le stesse parti vorrebbero riconosciuto dall'ordinamento, «diritto al matrimonio»<sup>23</sup>.

Ora, la sottolineatura di questa sorta di slittamento concettuale che investe la libertà di scelta matrimoniale facendola approdare (sempre e comunque) ad un diritto ad una (mera) condizione di coppia intende rispondere ad una precisa esigenza analitica e ricostruttiva, cui si intende rispondere nelle pagine che seguono. Un'esigenza che va a sua volta collegata alle segnalate ricadute generali e di principio del tema che ci occupa.

È in effetti proprio siffatto passaggio che spinge il giudice a spostare il *focus* argomentativo dal valore dell'istanza di libertà che le persone implicate nell'unione omosessuale intendono far valere all'impatto che questa istanza, una volta accolta, può comportare sulla connotazione (ovvero su struttura e funzione) degli istituti coinvolti.

Il punto tocca evidentemente un nervo scoperto delle istanze di tutela connesse ai nuovi diritti.

---

piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette, restando riservata alla Corte costituzionale la possibilità d'intervenire a tutela di specifiche situazioni (come è avvenuto per le convivenze *more uxorio*: sentenze n. 559 del 1989 e n. 404 del 1988). Può accadere, infatti, che, in relazione ad ipotesi particolari, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza».

<sup>23</sup> Invero, è pur possibile che le stesse parti abbiano inteso configurare il proprio legame affettivo nei termini di una unione «non matrimoniale». La circostanza conferma la complessità del tema generale entro il quale il *same sex marriage* si colloca ed anticipa lo specifico fronte problematico (indirettamente) sollecitato dalla Corte Suprema nel caso *Obergefell*, fronte sul quale si avrà modo di tornare in prosieguo, ovvero nel corso del par. 11. Merita peraltro osservare, al momento, come la pluralità dei modelli di convivenza e familiari (ma non matrimoniali) condizioni, non sempre consapevolmente ed in maniera esplicita, la linearità delle soluzioni avanzate dalla stessa giurisprudenza italiana in tema di unioni omosessuali, a cominciare da quella costituzionale: cfr. ROBERTO ROMBOLI, *Il diritto "consentito" al matrimonio e il diritto "garantito" alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice "troppo" e "troppo poco"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, pp. 1629 ss.. Sul carattere «imperfetto» del richiamo operato dalla già ricordata *Corte Costituzionale* n. 138/2010 alla convivenza *more uxorio* quale modello di riferimento per le unioni omosessuali, più di recente, LUCILLA CONTE, «*Impara una quantità di cose dai dotti*»: la vicenda del matrimonio omosessuale davanti alla Corte costituzionale e nello «specchio» della dottrina, in MASSIMO CAVINO - CHIARA TRIPODINA (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: "casi difficili" alla prova*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 143 ss.

Invero, in ipotesi come quelle implicate dalle unioni omosessuali, i mutamenti sociali che sottostanno a queste istanze di riconoscimento investono il modo stesso di concepire istituti tradizionali e consolidati, quali nella specie la famiglia ed il matrimonio.

Su queste premesse, è pressoché inevitabile che l'esigenza di una interpretazione evolutiva finisca nei fatti con il riguardare, prima ancora che il valore costruttivo della libertà, gli stessi istituti in rapporto ai quali questa viene evocata.

Si tratta di una circostanza che si conferma tutt'altro che secondaria sol che si consideri che è proprio sulla peculiare connotazione funzionale degli istituti, rispettivamente, della famiglia e del matrimonio che si giocano buona parte delle resistenze (anche religiose) al (pieno) riconoscimento delle unioni omosessuali, come il recente dibattito italiano in argomento (nonché, indirettamente, i tentativi riequilibratori della giurisprudenza di legittimità<sup>24</sup>) dimostra ampiamente<sup>25</sup>.

In effetti, come non si mancherà di verificare in prosieguo, anche quando ad affermarsi sembra essere una più ampia libertà di scelta matrimoniale (ed ancora prima affettiva) a venire implicata è, in misura decisiva, proprio la (re)interpretazione di natura e funzione del matrimonio.

### *3. Peculiarità ed interesse dell'approccio della Corte Suprema statunitense. L'impatto sulla polarizzazione dialettica unità-differenziazione*

La complessità e la delicatezza di tali questioni sono ben rappresentate dalla recente decisione con la quale la Corte Suprema degli Stati Uniti ha in pratica accolto le istanze di riconoscimento legale del proprio matrimonio avanzate da 14 coppie dello stesso sesso e due uomini i cui partner omosessuali erano defunti. Una decisione che sembra avere condotto a conclusione un processo di sostanziale parificazione nel diritto al matrimonio delle coppie omosessuali avviato da tempo e che, per vero, era già pervenuto a risultati tanto significativi<sup>26</sup> da autorizzare l'illazione per cui, in fondo, tale

---

<sup>24</sup> Per una sintetica rappresentazione di questi percorsi giurisprudenziali, utile a dare conto della varietà dei profili regolamentativi implicati, MARCO PARISI, *Verso una tutela cit.*, pp. 4 ss.

<sup>25</sup> Cfr., GIUSEPPE CASUSCELLI, "A CHIARE LETTERE" – EDITORIALI, *Le unioni civili e il "passo del gambero" del Presidente CEI*, [http://www.statoecliese.it/images/stories/2016.2/casuscelli\\_il\\_cardinale.pdf](http://www.statoecliese.it/images/stories/2016.2/casuscelli_il_cardinale.pdf)

<sup>26</sup> Si vedano, in particolare, *Windsor v. United States* e *Hollingsworth v. Perry*, 570 U.S. \_ (2013), in cui si esclude che il governo federale possa subordinare il riconoscimento dei diritti derivanti dalla convivenza matrimoniale alla eterosessualità dei soggetti del rapporto.

ultimo approdo non giunge del tutto inaspettato<sup>27</sup>.

Più specificamente, in *Obergefell v. Hodges*<sup>28</sup>, la Corte è chiamata a giudicare della legittimità del rifiuto di completare l'*iter* amministrativo necessario per contrarre validamente matrimonio<sup>29</sup> opposto a quelle coppie omosessuali dai pubblici ufficiali di alcuni stati (Michigan, Kentucky, Ohio e Tennessee).

Per la verità, tale rifiuto appare in linea con la legislazione degli stati coinvolti, i quali definiscono il matrimonio quale unione tra un uomo ed una donna, anche se era stato ritenuto illegittimo da tutte le rispettive Corti distrettuali, propense a valorizzare, nel caso di specie, il precetto del XIV Emendamento per il quale «*No state shall (...) deprive any person of (...) liberty (...) without due process of law (...)*»<sup>30</sup>. La Corte d'Appello federale per il Sesto Circuito aveva però riformato le sentenze delle Corti distrettuali ritenendo diversamente che i singoli stati non abbiano un obbligo costituzionale di consentire matrimoni tra persone dello stesso sesso celebrati al di fuori dello Stato, non potendosi in particolare fondare un tale obbligo sulla stessa garanzia del XIV Emendamento.

Il riferimento ad un supposto obbligo di conformazione degli stati membri ad istanze di tutela che trovino nella Costituzione federale la loro fonte immediata è di un certo interesse e vale ad arricchire – anche in prospettiva comparatistica – un quadro di riferimento in tema di *same sex marriage* che, come si è visto, è già di per sé particolarmente complesso e problematico.

A risulterne implicato è infatti un più specifico profilo di criticità, che di primo acchito può risultare poco presente nello stesso argomentare della Corte ma che in realtà riveste un'importanza tutt'altro che secondaria. Un motivo di fondo di particolare rilevanza nel contesto di un ordinamento

---

<sup>27</sup> Secondo GRAZIELLA ROMEO, *Esercizi di common law constitutional interpretation: Obergefell v. Hodges e il diritto fondamentale al matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *Diritti comparati* (rivista giuridica online), <http://www.diritticomparati.it/2015/08/esercizi-di-common-law-constitutional-interpretation-obergefell-v-hodges-e-il-diritto-fondamentale-a.html>, è «l'approccio "incrementale" rispetto al riconoscimento dei nuovi diritti che caratterizza, in via generale, i modelli di common law» ad aver fatto «si che la pronuncia in questione non giungesse del tutto inaspettata».

<sup>28</sup> *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. \_ (2015)

<sup>29</sup> O per accordare il pieno riconoscimento nello Stato ai matrimoni già celebrati in altro Stato.

<sup>30</sup> Nella sua interezza, il XIV Emendamento, nella sua prima Sezione, contiene più clausole di salvaguardia ovvero, per quanto più specificamente interessa in questa sede, la *due process clause* e la *equal protection clause*. *Amendment XIV Section 1*. «*All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws*».

strettamente federale quale quello statunitense ma che ad una più attenta analisi rimanda ad una tensione dialettica – sinteticamente: quella tra unità ordinamentale e differenziazione – dal carattere estensivo e dalla più ampia portata prospettica<sup>31</sup>.

In particolare, al fondo della questione di diritto che interroga la Corte – ovverosia tra le pieghe delle argomentazioni fondate sulla interpretazione del XIV Emendamento, che come si vedrà costituisce il riferimento normativo-costituzionale essenziale della decisione – v'è, implicita, una sostanziale problematica di rapporti tra livelli istituzionali di governo ovvero tra Federazione e singoli stati membri. Problematica che quindi si aggiunge ed anzi parzialmente si sovrappone, alla polarizzazione dialettica – anch'essa peculiare del sistema statunitense ma di analoga portata estensiva – tra i poteri legislativo e giudiziario<sup>32</sup>.

Ed infatti, all'invocato valore costituzionale della libertà matrimoniale (ovvero, più specificamente, del diritto al matrimonio) si contrappone il rivendicato rispetto delle politiche legislative dei singoli stati membri, i quali hanno tutto l'interesse a ribadire la propria piena sovranità rispetto alla configurazione di un istituto giuridico evidentemente considerato qualificante la stessa identità nazionale.

Sotto questo profilo, la decisione, assunta a strettissima maggioranza (cinque a quattro, compreso tra questi ultimi il *Chief Justice* Roberts), con la quale la Corte accogliendo il ricorso riconosce le ragioni delle coppie omosessuali vale non solo, com'è di immediata evidenza, ad implementare il grado di tutela dei diritti delle coppie omosessuali ma ancor prima, forse in maniera meno evidente ma altrettanto significativa, a ridimensionare l'impatto delle possibili differenziazioni territoriali in termini di riconoscimento e salvaguardia dei diritti fondamentali. Suona cioè, tra le righe, come una limitazione della discrezionalità delle scelte di governo imputabili al livello dei singoli stati membri e, correlativamente, quale riaffermazione della prevalenza delle istanze di unità ordinamentale (o, se si preferisce, della portata unificante dei diritti fondamentali).

*Obergefell v. Hodges* costituisce così utile occasione per testare la capacità del XIV Emendamento della Costituzione federale di ricondurre ad unità ordinamentale le differenziazioni territoriali che trovino origine ed alimento

---

<sup>31</sup> Rinvio al proposito a GIUSEPPE D'ANGELO, *Repubblica e confessioni religiose tra bilateralità necessaria e ruolo pubblico. Contributo alla interpretazione dell'art. 117, comma 2, lett. c) della Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2012.

<sup>32</sup> Su questo specifico punto, GIUSEPPE D'ANGELO, *Libertà religiosa e diritto giurisprudenziale. L'esperienza statunitense*, Giappichelli, Torino, 2015.

nella connotazione federale dello Stato. Nonché, in termini generali, per riflettere sul rapporto che intercorre tra dinamica delle relazioni autonomistiche e salvaguardia dei diritti costituzionali, libertà religiosa compresa.

#### 4. *L'impostazione del caso Obergefell v. Hodges. Il diritto al matrimonio come diritto fondamentale*

La centralità del XIV Emendamento nei processi di implementazione e di diffusione intraordinamentale dei diritti costituzionali-fondamentali è peraltro ben nota agli stessi cultori del diritto ecclesiastico italiano. I quali ne hanno da tempo registrato il legame con le garanzie in tema di (divieto di) *Establishment of Religion* e di (salvaguardia della) *Free Exercise* di cui al I Emendamento<sup>33</sup>.

Tuttavia, anche in questo caso per potere ricorrere legittimamente alla suddetta disposizione costituzionale – ed alle sue potenzialità espansive – è evidentemente necessario ricondurre la situazione giuridica fatta valere dai ricorrenti nel suo alveo regolamentativo.

La Corte risponde a tale necessità, declinando esplicitamente il diritto al matrimonio quale diritto fondamentale riconducibile alla libertà tutelata dalla *Due Process Clause*.

La prospettazione costituisce evidentemente elemento qualificante della decisione della Corte e per tale motivo assume un particolare interesse, anche in termini più generali e di principio. Come si chiarirà in seguito, essa infatti ben si presta a chiarire le problematiche connesse alla emersione dei c.d. nuovi diritti ovvero ai meccanismi di valorizzazione giuridica della portata innovatrice delle libertà costituzionali-fondamentali.

Sotto questo profilo, la particolare opzione argomentativa che sorregge la decisione del caso *Obergefell v. Hodges* è importante tanto quanto il (se non più del) suo stesso esito.

Si tratta di una scelta che emerge con chiarezza sin dal sintetico inquadramento delle ragioni giuridiche dei ricorrenti, per come premesso alla articolazione della opinione della Corte, redatta dal giudice Kennedy.

Questi muove infatti dall'osservazione per cui, in buona sostanza, sposando una persona del loro stesso sesso (o facendo riconoscere legalmente il loro matrimonio agli stessi termini e condizioni dei matrimoni tra persone

---

<sup>33</sup> Per tutti, FRANCESCO ONIDA, *Il fenomeno religioso nei sistemi giuridici extraeuropei*, in FRANCESCO MARGIOTTA BROGLIO - CESARE MIRABELLI - FRANCESCO ONIDA, *Religioni e sistemi giuridici. Introduzione al diritto ecclesiastico comparato*, Il Mulino, Bologna, 2000, part. pp. 256-258.

del loro stesso sesso) i ricorrenti intendono far valere uno specifico diritto a definire ed esprimere la propria identità. Diritto che a sua volta deriva proprio dalla libertà “promessa” dalla Costituzione attraverso il suo XIV Emendamento<sup>34</sup>.

Ora, siffatto inquadramento sembra andare ben oltre le esigenze di sintetica rappresentazione delle istanze dei ricorrenti propria di una premessa. Assume piuttosto una portata più sostanziale poiché lascia intravedere da subito qual è la strada che la Corte intende percorrere nel valutare gli elementi addotti dalle parti.

Più specificamente, sembra derivarne che, ad avviso della Corte, sono anzitutto e fondamentalmente ragioni di libertà – quest’ultima intesa nella sua peculiare proiezione identitaria – a rendere giuridicamente apprezzabile l’interesse di una persona a contrarre matrimonio con altra persona dello stesso sesso, risultando le concorrenti valutazioni connesse al principio di eguaglianza – pur evocate dai ricorrenti – quasi incidentali. O piuttosto utili a meglio specificare quella libertà.

Sicché è sulla esistenza o meno di una tale libertà ovvero sulla sua riconduzione agli obiettivi di tutela del XIV Emendamento che la Corte intende soffermare principalmente la propria attenzione.

In effetti, buona parte dell’*iter* motivazionale è costruito proprio sulla riconduzione del diritto al matrimonio nell’alveo della libertà cui il XIV Emendamento si riferisce, nella sua parte individuata attraverso la locuzione *due process of law clause*<sup>35</sup>. Come meglio vedremo in seguito, valutazioni

---

<sup>34</sup> «The Constitution promises liberty to all within its reach, a liberty that includes certain specific rights that allow persons, within a lawful realm, to define and express their identity. The petitioners in these cases seek to find that liberty by marrying someone of the same sex and having their marriages deemed lawful on the same terms and conditions as marriages between persons of the opposite sex».

<sup>35</sup> Più precisamente il riferimento è al *due process of law* “sostanziale” (*substantive*), in ragione del quale è possibile individuare alcune specifiche libertà, tra quelle cui il XIV Emendamento allude, le quali, in quanto riconosciute meritevoli dell’attributo di “fondamentali”, sono assistite da una garanzia rafforzata, non meramente procedurale (e cioè, appunto, sostanziale), dal momento che non possono essere violate se non in ragione di motivazioni particolarmente stringenti ovvero impellenti (e quindi a prescindere dal fatto che la violazione in questione effettivamente consegua, come previsto dalla disposizione costituzionale, ad un procedura legale). Si tratta, in tutta evidenza, di una declinazione estensiva della garanzia costituzionale, che consente alla Corte di ampliare il novero dei diritti e delle libertà garantite dalla Costituzione o comunque rafforzarne la tutela al di là degli aspetti formali e procedurali. Così descrive il meccanismo – per evidenziarne le criticità – il giudice Roberts nel suo *dissenting*: «This Court has interpreted the Due Process Clause to include a “substantive” component that protects certain liberty interests against state deprivation “no matter what process is provided”» (ci cita al riguardo *Reno v. Flores*, 507 U.S. 292, 302, del 1993). «The theory» – così ancora Roberts – «is that some liberties are “so rooted in the traditions and conscience of our people as to be ranked as fundamental”, and therefore cannot be deprived without compelling justification» (il richiamo è a *Snyder v. Massachussetts*, 291 U.S. 97, 105, del 1934).

coinvolgenti quei profili di eguaglianza e non discriminazione che sono più chiaramente coperti dalla ulteriore clausola della stessa disposizione costituzionale (la già ricordata *equal protection clause*) rivestono una rilevanza tutto sommato marginale.

5. *Svolgimenti e specificazioni. a) L'inerenza alla «liberty» del XIV Emendamento*

La riconduzione del diritto al matrimonio tra le libertà tutelate dal XIV Emendamento ovvero la sua declinazione in termini di diritto costituzionale-fondamentale è dedotta da quattro principi<sup>36</sup>, la cui esistenza ed il cui significato sono indagati attraverso la tradizione e la cultura statunitense, per come certificati dall'evoluzione stessa della giurisprudenza della Corte<sup>37</sup>.

Solo il primo tali principi ed, in certo modo, il secondo (che di primo acchito si può dire ne costituisca una particolare proiezione) appaiono tuttavia avere diretto riguardo all'interesse delle persone che si uniscono in matrimonio e collocarsi così nella direzione argomentativa tracciata dalla considerazione preliminare secondo la quale le libertà di cui al XIV Emendamento non hanno unicamente riguardo ai diritti enumerati nei primi Dieci Emendamenti della Costituzione (il *Bill of rights*, appunto) ma tutelano alcune scelte personali essenziali per la dignità e l'autonomia dell'individuo,

---

Invero, secondo Roberts, «Allowing unelected federal judges to select which unenumerated rights rank as “fundamental” – and to strike down laws on the basis of that determination – raises obvious concerns about the judicial role. Our precedents have accordingly insisted that judges “exercise the utmost care” in identifying implied fundamental rights “lest the liberty protected by the Due Process Clause be subtly transformed into the policy preferences of the Members of this Court”» (si cita sul punto *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 720, del 1997).

<sup>36</sup> «The four principles and traditions to be discussed demonstrate that the reasons marriage is fundamental under the Constitution apply with equal force to same-sex couples».

<sup>37</sup> «The identification and protection of fundamental rights is an enduring part of the judicial duty to interpret the Constitution. That responsibility, however, “has not been reduced to any formula.” (...) Rather, it requires courts to exercise reasoned judgment in identifying interests of the person so fundamental that the State must accord them its respect (...) That process is guided by many of the same considerations relevant to analysis of other constitutional provisions that set forth broad principles rather than specific requirements. History and tradition guide and discipline this inquiry but do not set its outer boundaries (...) That method respects our history and learns from it without allowing the past alone to rule the present». E, subito dopo, «The nature of injustice is that we may not always see it in our own times. The generations that wrote and ratified the Bill of Rights and the Fourteenth Amendment did not presume to know the extent of freedom in all of its dimensions, and so they entrusted to future generations a charter protecting the right of all persons to enjoy liberty as we learn its meaning. When new insight reveals discord between the Constitution's central protections and a received legal stricture, a claim to liberty must be addressed».

ovvero quelle che definiscono la sua identità e le sue credenze<sup>38</sup>.

In particolare, l'espresso, specifico, richiamo ai precedenti *Loving v. Virginia*<sup>39</sup>, *Zablocki v. Redhail*<sup>40</sup> e *Turner v. Safley*<sup>41</sup> consente al giudice Kennedy proprio di chiarire che il diritto alla scelta personale inerente al matrimonio è insita nel concetto di autonomia individuale e quindi di rinvenire «*an abiding connection*» tra matrimonio e libertà<sup>42</sup>. In effetti, attraverso il legame durevole che deriva dal matrimonio, le due persone insieme, anche se dello stesso sesso, possono ottenere altre libertà, di espressione di sé, di intimità, di spiritualità<sup>43</sup>. Proprio la relazione tra decisione matrimoniale ed identità della persona induce d'altra parte a riconoscere che il diritto di sposarsi è immanente all'individuo<sup>44</sup>.

---

<sup>38</sup> «Under the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment, no State shall “deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law.” The fundamental liberties protected by this Clause include most of the rights enumerated in the Bill of Rights ... In addition these liberties extend to certain personal choices central to individual dignity and autonomy, including intimate choices that define personal identity and beliefs».

<sup>39</sup> *Loving v. Virginia*, 388 US 1 (1967), ove la Corte ha riconosciuto in contrasto con la Costituzione il divieto di matrimoni interrazziali, affermando che il matrimonio è «one of the vital personal rights essential to the orderly pursuit of happiness by free men».

<sup>40</sup> *Zablocki v. Redhail*, 434 US 374 (1978), che ha riconosciuto illegittimo il divieto di sposarsi imposto ai padri che siano in arretrato con il pagamento degli alimenti ai figli.

<sup>41</sup> *Turner v. Safley*, 482 US 78 (1985), che ha riconosciuto illegittima la limitazione imposta dai regolamenti al diritto di sposarsi dei carcerati.

<sup>42</sup> «A first premise of the Court's relevant precedents is that the right to personal choice regarding marriage is inherent in the concept of individual autonomy. This abiding connection between marriage and liberty is why *Loving* invalidated interracial marriage bans under the Due Process Clause (...) Like choices concerning contraception, family relationships, procreation, and childrearing, all of which are protected by the Constitution, decisions concerning marriage are among the most intimate that an individual can make». Si tenga presente, al riguardo, il rinnovato riferimento alla nota decisione del caso *Lawrence v. Texas*, 539 US 558 (2003), che ha sancito la incostituzionalità delle norme dello Stato del Texas vietanti la sodomia. Allo stesso modo è particolarmente significativo quanto si rileva a vivere una unione intima con una persona dello stesso sesso per giungere al punto di valorizzare la mutua volontà di instaurare un rapporto lungo e duraturo: «As this Court held in *Lawrence*, same-sex couples have the same right as opposite-sex couples to enjoy intimate association. *Lawrence* invalidated laws that made same-sex intimacy a criminal act. And it acknowledged that “[w]hen sexuality finds overt expression in intimate conduct with another person, the conduct can be but one element in a personal bond that is more enduring.” (...) But while *Lawrence* confirmed a dimension of freedom that allows individuals to engage in intimate association without criminal liability, it does not follow that freedom stops there. Outlaw to outcast may be a step forward, but it does not achieve the full promise of liberty».

<sup>43</sup> «The nature of marriage is that, through its enduring bond, two persons together can find other freedoms, such as expression, intimacy, and spirituality. This is true for all persons, whatever their sexual orientation» (ci si riporta alla più recente decisione del ricordato caso *Windsor*).

<sup>44</sup> «[T]he freedom to marry, or not marry, a person of another race resides with the individual and cannot be infringed by the State»: così, citando espressamente la ricordata decisione del caso *Loving*.

6. b) *La solennità dell'impegno e la peculiare stabilità dell'unione matrimoniale*

Si può peraltro osservare che, in questa ottica, la particolare cifra qualitativa dell'impegno assunto con il matrimonio risulta determinante. È in effetti la particolare solennità di questa unione ovvero la sua tendenziale durevolezza nel tempo a qualificare il corrispondente esercizio della libertà individuale connotandolo di una pregnante valenza identitaria.

La circostanza trova un esplicito riscontro nel successivo argomentare del giudice Kennedy, che individua il secondo dei principi che sostanziano il diritto al matrimonio nel fatto oggettivo che l'istituto matrimoniale è funzionale a garantire quella particolare unione di due persone distinguibile da ogni altra per l'importanza dell'impegno assunto<sup>45</sup>. In altri termini, con il matrimonio l'ordinamento tutela una unione che si vuole non occasionale ma tendenzialmente duratura, di modo che la decisione di unirsi in matrimonio sia tale da caratterizzare l'intera vita delle due persone, a prescindere dal rispettivo sesso<sup>46</sup>.

Questo riferimento al carattere "*hopefully enduring*" del matrimonio merita di venire valutato con maggiore attenzione. Esso è, per vero, più problematico di quanto possa apparire a prima vista.

Certo, nelle intenzioni dichiarate della Corte, la sottolineatura della solennità dell'impegno che due persone assumono con il matrimonio è intesa a valorizzare il ruolo della scelta matrimoniale quale elemento che contribuisce a delineare in maniera decisiva l'identità della persona. E quindi a corroborare l'idea di una declinazione di questa scelta in termini di libertà.

---

<sup>45</sup> «A second principle in this Court's jurisprudence is that the right to marry is fundamental because it supports a two-person union unlike any other in its importance to the committed individuals. This point was central to *Griswold v. Connecticut*, which held the Constitution protects the right of married couples to use contraception (...)».

<sup>46</sup> Il richiamo è proprio al precedente *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), laddove il matrimonio è descritto come «a coming together for better or for worse, hopefully enduring, and intimate to the degree of being sacred. It is an association that promotes a way of life, not causes; a harmony in living, not political faiths; a bilateral loyalty, not commercial or social projects. Yet it is an association for as noble a purpose as any involved in our prior decisions». Ed ancora, richiamando altri precedenti della Corte, «in *Turner*, the Court again acknowledged the intimate association protected by this right, holding prisoners could not be denied the right to marry because their committed relationships satisfied the basic reasons why marriage is a fundamental right (...) The right to marry thus dignifies couples who "wish to define themselves by their commitment to each other"» (qui il riferimento è alla opinione della Corte nel caso *Windsor*). «Marriage» – così ancora Kennedy – «responds to the universal fear that a lonely person might call out only to find no one there. It offers the hope of companionship and understanding and assurance that while both still live there will be someone to care for the other».

Tuttavia, proprio l'individuazione dei caratteri tipici e distintivi del rapporto che ne consegue ha l'effetto (probabilmente non voluto, forse persino paradossale) di ridimensionare, almeno sul piano teorico-ricostruttivo, la portata di quel collegamento tra diritto al matrimonio da un lato e libertà/identità della persona dall'altro, che sembra stare tanto a cuore ai Supremi giudici (o quantomeno alla maggioranza degli stessi).

In altri termini, l'argomentazione della Corte tradisce (o quantomeno favorisce) il progressivo spostamento del *focus* interpretativo, che transita dal piano della scelta individuale a quello del significato (prima ancora che giuridico) sociale del matrimonio, inteso (non tanto come espressione di libertà individuale o, al più, come diritto ma piuttosto) come istituzione.

### *7. c) La nozione e la funzione sociale del matrimonio*

Gli ulteriori principi delineati dalla Corte confermano questa impressione.

In particolare, il terzo di essi ha esplicito riguardo proprio alle finalità tipiche del matrimonio (nonché del relativo diritto!<sup>47</sup>), che il giudice Kennedy individua nella protezione dei figli e delle famiglie, per argomentare come esso tragga il proprio significato proprio dai correlati diritti di procreazione, allevamento ed educazione dei figli<sup>48</sup>. Ed il passo successivo è quello di riconoscere che molte coppie omosessuali offrono ai loro figli focalari domestici che li amano ed educano, siano essi figli biologici o adottivi e che questa circostanza è confermata dalla scelta della maggior parte degli Stati, che consente ai gay ed alle lesbiche, individui o coppie che siano, di adottare<sup>49</sup>.

Di qui la conclusione per cui l'esclusione delle coppie omosessuali dal

---

<sup>47</sup> Così, infatti, la Corte: «A third basis for protecting the right to marry is that it safeguards children and families and thus draws meaning from related rights of childrearing, procreation, and education».

<sup>48</sup> «The Court has recognized these connections by describing the varied rights as a unified whole: “[T]he right to ‘marry, establish a home and bring up children’ is a central part of the liberty protected by the Due Process Clause”» (il richiamo è alla decisione del già ricordato *Zablocki*).

<sup>49</sup> «Under the laws of the several States, some of marriage’s protections for children and families are material. But marriage also confers more profound benefits. By giving recognition and legal structure to their parents’ relationship, marriage allows children “to understand the integrity and closeness of their own family and its concord with other families in their community and in their daily lives.” (...) Marriage also affords the permanency and stability important to children’s best interests (...) As all parties agree, many same-sex couples provide loving and nurturing homes to their children, whether biological or adopted. And hundreds of thousands of children are presently being raised by such couples (...) Most States have allowed gays and lesbians to adopt, either as individuals or as couples, and many adopted and foster children have same-sex parents (...) This provides powerful confirmation from the law itself that gays and lesbians can create loving, supportive families».

matrimonio è in contrasto con una premessa centrale (dell'istituto e quindi) del relativo diritto<sup>50</sup>.

È però soprattutto il quarto dei principi evocati dalla opinione di maggioranza a restituire il senso profondo dell'opzione interpretativa che lega strettamente il diritto al matrimonio alla funzione sociale (e quindi alla nozione) dell'istituto matrimoniale. È un principio che si presta a rendere al meglio il tentativo della Corte di innestare il riconoscimento del diritto al matrimonio in capo alle coppie omosessuali sulla tradizione giuridica statunitense e sulla stessa giurisprudenza in tema di diritti fondamentali.

Ed infatti, nell'argomentare del giudice Kennedy, sono proprio «i precedenti di questa Corte» e le «tradizioni della Nazione» a rendere evidente che il matrimonio è «un fondamento dell'ordine sociale»<sup>51</sup>.

Tale riconoscimento è un sicuro portato della precedente declinazione delle funzioni del matrimonio, dal momento che ne assume un valore per così dire riepilogativo. Pur non tornando esplicitamente sul punto, le considerazioni che muovono da quell'iniziale riconoscimento rimandano infatti al valore della stabilità del vincolo, la quale a sua volta spiega e corrobora quella funzione di salvaguardia della famiglia e dei figli che, come si è visto, sarebbe tipica (e, aggiungerei, esclusiva) dell'istituto matrimoniale.

Ciò che ora è invece più esplicita è la sottolineatura delle conseguenze che derivano dal peculiare valore del matrimonio quale fondamento della famiglia e della società<sup>52</sup>. Esse ben si condensano nella considerazione per cui nel momento in cui una coppia promette di assistersi reciprocamente, la società si impegna ad assistere la coppia, non solo riconoscendola formal-

---

<sup>50</sup> «Excluding same-sex couples from marriage thus conflicts with a central premise of the right to marry. Without the recognition, stability, and predictability marriage offers, their children suffer the stigma of knowing their families are somehow lesser. They also suffer the significant material costs of being raised by unmarried parents, relegated through no fault of their own to a more difficult and uncertain family life. The marriage laws at issue here thus harm and humiliate the children of same-sex couples (...). Il giudice Kennedy non manca peraltro di chiarire che «That is not to say the right to marry is less meaningful for those who do not or cannot have children. An ability, desire, or promise to procreate is not and has not been a prerequisite for a valid marriage in any State. In light of precedent protecting the right of a married couple not to procreate, it cannot be said the Court or the States have conditioned the right to marry on the capacity or commitment to procreate. The constitutional marriage right has many aspects, of which childbearing is only one».

<sup>51</sup> «Fourth and finally, this Court's cases and the Nation's traditions make clear that marriage is a keystone of our social order».

<sup>52</sup> Kennedy richiama il precedente *Maynard v. Hills*, 125 US 190 (1888), laddove «the Court echoed de Tocqueville, explaining that marriage is "the foundation of the family and of society, without which there would be neither civilization nor progress." Marriage, the *Maynard* Court said, has long been "a great public institution, giving character to our whole civil polity." ». Ed ancora: «This idea has been reiterated even as the institution has evolved in substantial ways over time, superseding rules related to parental consent, gender, and race once thought by many to be essential».

mente ma aiutandola materialmente<sup>53</sup>.

Ebbene, Kennedy è conseguente nel rilevare che mentre per riguardo a tale principio – ovvero al significato essenziale del matrimonio ed al suo valore sociale – non vi è differenza tra coppie omosessuali e coppie eterosessuali, l'esclusione delle prime dall'accesso al matrimonio ne determina l'esclusione (altresi) dal godimento di quegli stessi benefici previsti per le coppie eterosessuali<sup>54</sup>.

Si tratta peraltro di un pregiudizio che va ben oltre l'aspetto materiale ma finisce con il compromettere, con la libertà e la dignità delle persone omosessuali, il significato stesso del matrimonio siccome delineato in precedenza<sup>55</sup>.

In buona sostanza, nell'argomentare della Corte l'incompatibilità logica della limitazione del matrimonio alle coppie eterosessuali, per quanto possa essere sembrata naturale e giusta per lungo tempo, è ora manifesta, mentre le leggi che escludono le coppie omosessuali dal diritto al matrimonio impongono uno stigma ed una violazione che sono proibite dalla Costituzione<sup>56</sup>.

## 8. *L'impatto (residuale) dei principi di eguaglianza e non discriminazione*

Ad una prima impressione, questo ultimo ordine di considerazioni può

---

<sup>53</sup> «For that reason, just as a couple vows to support each other, so does society pledge to support the couple, offering symbolic recognition and material benefits to protect and nourish the union. Indeed, while the States are in general free to vary the benefits they confer on all married couples, they have throughout our history made marriage the basis for an expanding list of governmental rights, benefits, and responsibilities. These aspects of marital status include: taxation; inheritance and property rights; rules of intestate succession; spousal privilege in the law of evidence; hospital access; medical decisionmaking authority; adoption rights; the rights and benefits of survivors; birth and death certificates; professional ethics rules; campaign finance restrictions; workers' compensation benefits; health insurance; and child custody, support, and visitation rules».

<sup>54</sup> «There is no difference between same- and opposite-sex couples with respect to this principle. Yet by virtue of their exclusion from that institution, same-sex couples are denied the constellation of benefits that the States have linked to marriage».

<sup>55</sup> «This harm results in more than just material burdens. Same-sex couples are consigned to an instability many opposite-sex couples would deem intolerable in their own lives. As the State itself makes marriage all the more precious by the significance it attaches to it, exclusion from that status has the effect of teaching that gays and lesbians are unequal in important respects. It demeans gays and lesbians for the State to lock them out of a central institution of the Nation's society. Same-sex couples, too, may aspire to the transcendent purposes of marriage and seek fulfillment in its highest meaning».

<sup>56</sup> «The limitation of marriage to opposite-sex couples may long have seemed natural and just, but its inconsistency with the central meaning of the fundamental right to marry is now manifest. With that knowledge must come the recognition that laws excluding same-sex couples from the marriage right impose stigma and injury of the kind prohibited by our basic charter».

risultare sintomatico di una ulteriore prospettazione del tema, più incline a valorizzare i profili di eguaglianza e non discriminazione implicati dalla esclusione delle coppie omosessuali dal diritto al matrimonio.

Sembra confermarlo l'ulteriore precisazione del giudice Kennedy per cui le coppie omosessuali richiedono nel matrimonio lo stesso trattamento giuridico delle coppie eterosessuali, sicché negare loro un tale diritto equivarrebbe a svilire le loro scelte e diminuire la loro personalità<sup>57</sup>.

In realtà, questo riferimento alla parità di trattamento giuridico non sembra assumere una autonoma consistenza ma è inteso a ribadire il legame tra diritto al matrimonio e salvaguardia della personalità (ovvero della identità) dei soggetti coinvolti sicché complessivamente considerata l'affermazione di Kennedy non sembra valorizzare particolarmente il ruolo del principio di eguaglianza.

Essa è piuttosto indice dell'esistenza di una certa correlazione tra le due garanzie previste dal XIV Emendamento ovvero tra la protezione assicurata alla libertà (*due process law clause*) e l'affermazione del principio di eguale protezione della legge (*equal protection clause*).

Una correlazione che Kennedy si premura anzitutto di dimostrare attraverso il richiamo ai precedenti della Corte relativi al matrimonio<sup>58</sup>. E quindi

---

<sup>57</sup> L'osservazione fa seguito all'ulteriore sottolineatura delle ragioni che conducono a ricondurre il diritto al matrimonio nell'alveo della fundamentalità: «The right to marry is fundamental as a matter of history and tradition, but rights come not from ancient sources alone. They rise, too, from a better informed understanding of how constitutional imperatives define a liberty that remains urgent in our own era. Many who deem same-sex marriage to be wrong reach that conclusion based on decent and honorable religious or philosophical premises, and neither they nor their beliefs are disparaged here. But when that sincere, personal opposition becomes enacted law and public policy, the necessary consequence is to put the imprimatur of the State itself on an exclusion that soon demeans or stigmatizes those whose own liberty is then denied. Under the Constitution, same-sex couples seek in marriage the same legal treatment as opposite-sex couples, and it would disparage their choices and diminish their personhood to deny them this right».

<sup>58</sup> Ad esempio, «In *Loving* the Court invalidated a prohibition on interracial marriage under both the Equal Protection Clause and the Due Process Clause. The Court first declared the prohibition invalid because of its un-equal treatment of interracial couples. It stated: "There can be no doubt that restricting the freedom to marry solely because of racial classifications violates the central meaning of the Equal Protection Clause." (...) With this link to equal protection the Court proceeded to hold the prohibition offended central precepts of liberty: "To deny this fundamental freedom on so unsupportable a basis as the racial classifications embodied in these statutes, classifications so directly subversive of the principle of equality at the heart of the Fourteenth Amendment, is surely to deprive all the State's citizens of liberty without due process of law." (...) The reasons why marriage is a fundamental right became more clear and compelling from a full awareness and understanding of the hurt that resulted from laws barring interracial unions.». Ed ancora «The synergy between the two protections is illustrated further in *Zablocki*. There the Court invoked the Equal Protection Clause as its basis for invalidating the challenged law, which, as already noted, barred fathers who were behind on child-support payments from marrying without judicial approval. The equal protection analysis depended in central part on the Court's holding that the law burdened a right

di confermare con specifico riguardo al *same sex marriage*<sup>59</sup>.

In effetti, la prospettiva tracciata dal possibile ricorso al principio di eguaglianza (e di non discriminazione<sup>60</sup>) non pare approfondita adeguatamente e soprattutto battuta con convinzione.

Questa almeno l'impressione diffusa non solo oltre confine, tra i primi commentatori italiani<sup>61</sup>, ma anzitutto nell'ambito della stessa letteratura sta-

---

“of fundamental importance.” (...) It was the essential nature of the marriage right, discussed at length in *Zablocki* (...) that made apparent the law's incompatibility with requirements of equality. Each concept—liberty and equal protection—leads to a stronger understanding of the other.»

<sup>59</sup> «This dynamic also applies to same-sex marriage. It is now clear that the challenged laws burden the liberty of same-sex couples, and it must be further acknowledged that they abridge central precepts of equality. Here the marriage laws enforced by the respondents are in essence unequal: same-sex couples are denied all the benefits afforded to opposite-sex couples and are barred from exercising a fundamental right. Especially against a long history of disapproval of their relationships, this denial to same-sex couples of the right to marry works a grave and continuing harm. The imposition of this disability on gays and lesbians serves to disrespect and subordinate them. And the Equal Protection Clause, like the Due Process Clause, prohibits this unjustified infringement of the fundamental right to marry (...). These considerations lead to the conclusion that the right to marry is a fundamental right inherent in the liberty of the person, and under the Due Process and Equal Protection Clauses of the Fourteenth Amendment couples of the same-sex may not be deprived of that right and that liberty. The Court now holds that same-sex couples may exercise the fundamental right to marry. No longer may this liberty be denied to them. *Baker v. Nelson* must be and now is overruled, and the State laws challenged by Petitioners in these cases are now held invalid to the extent they exclude same-sex couples from civil marriage on the same terms and conditions as opposite-sex couples.»

<sup>60</sup> Rileva che «Non-discriminazione è diventata la declinazione attuale del principio di eguaglianza», NICOLA COLAIANNI, *Voci in dialogo: organizzazioni, istituzioni di tendenza religiose e diritti delle parti. Seconda voce*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1/2013, p. 203.

<sup>61</sup> La dottrina ecclesiasticistica sembra invero maggiormente disposta a cogliere le potenzialità del richiamo operato dalla Corte: rileva ad esempio G. CASUSCELLI, “A CHIARE LETTERE” cit., p. 2, che «la sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti (...) ha segnato un cambiamento di indirizzo di speciale rilievo per l'accento posto al rapporto tra diritti di libertà e principio di uguaglianza, pur senza giungere al riconoscimento che l'orientamento sessuale costituisca di per sé un illegittimo fattore di discriminazione. Tuttavia, l'affermazione che il diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso ha natura costituzionale è per di più rafforzata dalla recisa negazione che la sua tutela concreta possa dipendere dalla discrezionalità del legislatore, dalla magnanimità delle maggioranze politiche, dall'allentarsi delle rigidità alimentate dalle ideologie e/o dalle fedi». Si vedano altresì le considerazioni di F. ONIDA, “A CHIARE LETTERE” – CONFRONTI, *Riflessioni minime sulla crisi del diritto matrimoniale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista on line), n. 28/2015, [http://www.statoechiese.it/images/stories/2015.9/onida\\_riflessioni.pdf](http://www.statoechiese.it/images/stories/2015.9/onida_riflessioni.pdf), secondo cui quella del caso *Obergefell v. Hodges* è «un'ampia e pregevole motivazione per la prima volta, dopo l'ottima ma isolata *Widmar v. Vincent* del 1981 (che era comunque disadatta a valere come precedente in quanto relativa a tutt'altro argomento, quello delle riunioni studentesche all'interno dell'Università) fa leva essenzialmente sul generale principio di uguaglianza, valutato nel fondamentale rapporto col diritto di libertà, senza limitarsi, diversamente dal solito per le problematiche implicanti qualche interesse religioso, a ricorrere alla specifica, ma più limitante, establishment clause dello stesso primo emendamento». Si vedano ancora, tra i cultori di altre discipline giuridiche, ANGIOLETTA SPERTI, *La Corte Suprema riconosce il diritto costituzionale al matrimonio delle persone gay e lesbiche*, in *articolo29*, [PARTE I - Diritto ecclesiastico 141](http://www.articolo29.it/2015/pronuncia-storica-corte-suprema-riconosce-diritto-matrimonio-same-</a></p></div><div data-bbox=)

tunitense<sup>62</sup>, come si avrà modo di verificare di qui a poco.

### 9. *La dinamica democratica e il ruolo della Corte*

Valga intanto osservare come risultino diversamente ben più estese ed approfondite le considerazioni con le quali la maggioranza affronta uno dei passaggi più spinosi – un vero e proprio snodo argomentativo – della questione al proprio esame. Quello che investe il tema del rapporto tra i poteri dello Stato ovvero in particolare tra legislativo e giudiziario, per ciò che specificamente attiene alla dinamica dei diritti fondamentali.

Si tratta cioè di chiarire quale sia il ruolo di cui il giudice può dirsi legittimamente investito rispetto al concreto riconoscimento di quei diritti che – come appunto il diritto al matrimonio degli omosessuali – per quanto radicati nella tradizione, anche giuridica statunitense, non siano ancora giunti ad una formale sanzione da parte del legislatore.

Ora, ad una prima impressione, la Corte sembra essere spinta a tale ordine di considerazioni da ragioni di natura processuale ovvero dalle esplicite richieste degli stati resistenti, i quali non avevano mancato di invocare cautela ovvero invitato ad attendere ulteriori atti legislativi, processi e dibattiti pubblici prima di giungere ad un tale riconoscimento. Richieste che,

---

sex-in-tutti-gli-dellunione-2/, secondo cui il passaggio motivazionale relativo allo stretto legame tre eguaglianza e libertà «pur apprezzabile, suscita alcune perplessità laddove la maggioranza, come nelle precedenti pronunce, non si spinge sino a riconoscere l'orientamento sessuale come un fattore vietato di discriminazione e a qualificare gli omosessuali come vittime di discriminazione. In altri termini, la Corte Suprema non compie ancora quel passaggio, pur da tempo auspicato da parte della dottrina statunitense, che le avrebbe consentito di qualificare l'omosessualità come un *suspect classification* al pari della razza, del sesso, ecc. e di sottoporre in futuro ad un più rigoroso scrutinio di legittimità costituzionale le leggi che prevedono disparità di trattamento fondate sull'orientamento sessuale» e GRAZIELLA ROMEO, *Esercizi cit.*, p. 2, laddove si evidenzia che la maggioranza abbia rinunciato pressoché completamente a percorrere la strada argomentativa della «analisi modellata sulla *equal protection clause*», che «avrebbe forse evitato di concentrare il *reasoning* sul *due process* conducendo allo stesso risultato». In particolare, «Le ben note tecniche di sindacato, fondate sul principio di eguaglianza, non vengono utilizzate dalla Corte».

<sup>62</sup> Di un certo interesse anche in questa direzione le osservazioni critiche di CLARE HUNTINGTON, *Obergefell's Conservatorism: Reifying Familial Fronts*, in *Fordham Law Review* 84, 2015, pp. 23, sulle quali si avrà modo di tornare più diffusamente oltre *sub par. 11*. Valga per ora ricordare quanto si lamenta in premessa ovvero che «In lieu of a straightforward, and far more defensible, decision based purely on the Equal Protection Clause, Justice Kennedy's reliance on the Due Process Clause is deeply problematic». Invero (ivi, nota 3) «Justice Kennedy, in his majority opinion for the Court, did invoke the Equal Protection Clause as an additional basis for its holding (...) but the equal protection analysis is very thin». D'altra parte, come pure non si manca di ricordare è lo stesso giudice Roberts, nella sua opinione dissenziente, a rilevare che «The majority does not seriously engage with the [equal protection] claim. Its discussion is, quite frankly, difficult to follow».

per vero, erano state suffragate dalla stessa Corte di Appello federale, la cui maggioranza aveva in effetti ritenuto che fosse appropriato per questi stati attendere un ulteriore dibattito pubblico e ulteriori misure politiche prima di autorizzare i matrimoni tra persone dello stesso sesso.

In realtà, non si tratta semplicemente di rispondere a specifiche istanze delle parti in causa ma piuttosto di affrontare un profilo argomentativo che ha una evidente portata condizionante rispetto sullo stesso impianto motivazionale battuto dalla Corte.

Kennedy è in effetti piuttosto netto nel rilevare che vi è stato un dibattito ben maggiore di quello che le parti sono disposte a riconoscere, essendovi stati referendum, dibattiti legislativi, campagne popolari, nonché studi, rapporti, contributi accademici. Ed analoghi rilievi vengono mossi in riferimento ai contributi più propriamente giudiziari, sicché, in definitiva, Kennedy può concludere agevolmente al riguardo osservando che vi è un'ampia comprensione della questione, ben testimoniata dalle argomentazioni delle stesse parti<sup>63</sup>.

Il punto su cui la Corte intende focalizzare la propria attenzione è però un altro, di portata ben più generale e di principio. Esso attiene al rapporto tra dinamica democratica (se si preferisce, con una approssimazione di comodo, democrazia in senso procedurale) e diritti fondamentali.

Ebbene, la Costituzione – così, sinteticamente, Kennedy – prevede certo che il processo democratico sia quello appropriato per registrare i cambiamenti sociali. A patto però che esso non limiti i diritti fondamentali<sup>64</sup>.

Più nettamente: ad avviso di Kennedy è la forza dinamica del sistema costituzionale a garantire che gli individui non debbano aspettare l'azione del legislatore prima di far valere un diritto fondamentale, potendo essi fare affidamento sulle corti. Un individuo può cioè invocare la protezione costituzionale di un diritto quando è leso, anche se il più vasto pubblico è con-

---

<sup>63</sup> «Yet there has been far more deliberation than this argument acknowledges. There have been referenda, legislative debates, and grassroots campaigns, as well as countless studies, papers, books, and other popular and scholarly writings. There has been extensive litigation in state and federal courts (...) Judicial opinions addressing the issue have been informed by the contentions of parties and counsel, which, in turn, reflect the more general, societal discussion of same-sex marriage and its meaning that has occurred over the past decades. As more than 100 amici make clear in their filings, many of the central institutions in American life—state and local governments, the military, large and small businesses, labor unions, religious organizations, law enforcement, civic groups, professional organizations, and universities—have devoted substantial attention to the question. This has led to an enhanced understanding of the issue—an understanding reflected in the arguments now presented for resolution as a matter of constitutional law».

<sup>64</sup> «Of course, the Constitution contemplates that democracy is the appropriate process for change, so long as that process does not abridge fundamental rights».

trario e anche se il Parlamento rifiuta di agire<sup>65</sup>. Sicché, nessun rilievo può essere riconosciuto alla circostanza che i sostenitori del diritto al matrimonio omosessuale non abbiano capacità di incidere nel processo democratico<sup>66</sup>.

Tanto vale a sostanziare l'ampio valore garantistico della giurisdizione, ed in specie della giurisdizione di costituzionalità<sup>67</sup>.

E può risultare interessante osservare che questa sottolineatura si accompagna all'implicito riconoscimento del *surplus* di responsabilità che insiste in capo alla Corte Suprema, sulla quale incombe il delicato compito di impedire differenziazioni geografiche nella definizione del significato della legge federale<sup>68</sup>. Oltre che di ribadire – particolare non trascurabile soprattutto

---

<sup>65</sup> «The dynamic of our constitutional system is that individuals need not await legislative action before asserting a fundamental right. The Nation's courts are open to injured individuals who come to them to vindicate their own direct, personal stake in our basic charter. An individual can invoke a right to constitutional protection when he or she is harmed, even if the broader public disagrees and even if the legislature refuses to act. The idea of the Constitution "was to withdraw certain subjects from the vicissitudes of political controversy, to place them beyond the reach of majorities and officials and to establish them as legal principles to be applied by the courts." (...) This is why "fundamental rights may not be submitted to a vote; they depend on the outcome of no elections"» (qui i richiami sono al caso *Barnette* ovvero a *West Virginia Bd. of Ed. v. Barnette*, 319 U. S. 624, (1943), in tema di saluto alla Bandiera (si tratta del più noto tra i *Flag Salute Cases*).

<sup>66</sup> «It is of no moment whether advocates of same-sex marriage now enjoy or lack momentum in the democratic process. The issue before the Court here is the legal question whether the Constitution protects the right of same-sex couples to marry.». Kennedy non manca di osservare come non si tratti della prima volta che alla Corte sia richiesto di adottare un approccio cauto in tema di diritti fondamentali. Evidenzia quindi le conseguenze pregiudizievoli derivanti dall'accoglimento di tali richieste, rilevando in particolare come le lesioni della dignità umana non possano essere sempre guarite con un tratto di penna (il richiamo è qui alla decisione del caso *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986), che riconobbe legittimo il divieto penale degli atti di sodomia tra adulti consenzienti, salvo venire più di recente superata dalla nota decisione del caso *Lawrence v. Texas*): «This is not the first time the Court has been asked to adopt a cautious approach to recognizing and protecting fundamental rights. In *Bowers*, a bare majority upheld a law criminalizing same-sex intimacy (...) That approach might have been viewed as a cautious endorsement of the democratic process, which had only just begun to consider the rights of gays and lesbians. Yet, in effect, *Bowers* upheld state action that denied gays and lesbians a fundamental right and caused them pain and humiliation. As evidenced by the dissents in that case, the facts and principles necessary to a correct holding were known to the *Bowers* Court (...) That is why *Lawrence* held *Bowers* was "not correct when it was decided." (...) Although *Bowers* was eventually repudiated in *Lawrence*, men and women were harmed in the interim, and the substantial effects of these injuries no doubt lingered long after *Bowers* was overruled. Dignitary wounds cannot always be healed with the stroke of a pen.».

<sup>67</sup> Osserva come la Corte abbia così inteso richiamare «la sua natura di potere contro-maggioritario», GRAZIELLA ROMEO, *Esercizi cit.*, p. 2

<sup>68</sup> «Indeed, faced with a disagreement among the Courts of Appeals—a disagreement that caused impermissible geographic variation in the meaning of federal law—the Court granted review to determine whether same-sex couples may exercise the right to marry. Were the Court to uphold the challenged laws as constitutional, it would teach the Nation that these laws are in accord with our society's most basic compact. Were the Court to stay its hand to allow slower, case-by-case determination of the required availability of specific public benefits to same-sex couples, it still would deny gays and lesbians many rights and responsibilities intertwined with marriage.».

per l'ecclesiasticista – il valore costituzionale delle clausole religiose del Primo Emendamento<sup>69</sup>.

#### 10. *Le obiezioni della minoranza: i confini dell'intervento della Corte*

Si è già accennato al fatto che la decisione del caso *Obergefell* è assunta a strettissima maggioranza. A nutrire la compagine dei dissenzienti sono in particolare, con il Chief Justice Roberts, i giudici Scalia, Thomas, Alito. Ognuno di essi redige una propria opinione, che incontra l'adesione diversificata dei colleghi dissenzienti<sup>70</sup>.

Pur nella diversità dei toni e delle sottolineature, ad una valutazione generale e complessiva colpisce il fatto che la minoranza non esprima quel netto dissenso nei confronti del diritto al matrimonio omosessuale<sup>71</sup> che ci si aspetterebbe in ragione dei numeri appena ricordati.

Essa sembra piuttosto preferire contestazioni che si collocano su di un diverso piano, attinente agli spazi di intervento che la Costituzione riconosce, nella materia implicata, al potere giudiziario ovvero, nello specifico, alla Corte Suprema.

Roberts, in particolare<sup>72</sup>, giunge ad ammettere esplicitamente che la po-

---

<sup>69</sup> Se, per un verso, la Corte ribadisce il carattere vincolante, per gli Stati membri, del Primo Emendamento, la stessa Corte, per l'altro, ne propone una lettura equilibrata, che, pur conducendo al riconoscimento del diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso, riconosca alle religioni ed a quanti aderiscono a dottrine religiose di difendere la convinzione che per precetto divino il matrimonio tra persone dello stesso sesso non debba essere ammesso: «Finally, it must be emphasized that religions, and those who adhere to religious doctrines, may continue to advocate with utmost, sincere conviction that, by divine precepts, same-sex marriage should not be condoned. The First Amendment ensures that religious organizations and persons are given proper protection as they seek to teach the principles that are so fulfilling and so central to their lives and faiths, and to their own deep aspirations to continue the family structure they have long revered. The same is true of those who oppose same-sex marriage for other reasons. In turn, those who believe allowing same-sex marriage is proper or indeed essential, whether as a matter of religious conviction or secular belief, may engage those who disagree with their view in an open and searching debate. The Constitution, however, does not permit the State to bar same-sex couples from marriage on the same terms as accorded to couples of the opposite sex.».

<sup>70</sup> In particolare sia Roberts che Alito redigono una propria opinione dissenziente senza aderire ad altre. Scalia e Thomas redigono una propria opinione dissenziente e nel contempo aderiscono a tutte le altre opinioni dissenzienti.

<sup>71</sup> Ciò con qualche significativa graduazione. Alito in particolare sembra ben meno propenso di Roberts e Scalia a riconoscere che il XIV Emendamento consenta di fondare un diritto fondamentale al matrimonio omosessuale. Senza però sottovalutare il peso delle considerazioni che attengono alla preservazione dei processi democratici e, per essi, della sovranità dei singoli stati.

<sup>72</sup> E con lui soprattutto Scalia: «I join with THE CHIEF JUSTICE's opinion in full. I write separately to call attention to this Court's threat to American democracy».

sizione favorevole al riconoscimento di questo diritto può vantare buone ragioni a proprio sostegno<sup>73</sup>. Ma aggiunge seccamente che la Corte non è il legislativo, sicché per quanto possa risultare una buona idea ammettere il matrimonio omosessuale, l'effettivo riconoscimento del relativo diritto non rientra tra i poteri che la Costituzione le riconosce<sup>74</sup>.

Di qui la valutazione fortemente critica del risultato sostanzialmente distorsivo tanto della dinamica democratica che della connotazione federale dello Stato, che consegue al riconoscimento del diritto al matrimonio omosessuale, nei termini e secondo le modalità in cui è affermato dalla maggioranza della Corte<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> Come si è appena accennato, sembra più netta sotto questo profilo l'opinione dissenziente di Alito, che contesta esplicitamente, sin dalle prime battute del suo *dissenting*, il tentativo della maggioranza di fare rientrare il diritto al matrimonio omosessuale nel concetto di liberty di cui al XIV Emendamento. Peraltro evocando da subito un problema di invasione della sfera decisionale riservata al legislativo: «Until the federal courts intervened, the American people were engaged in a debate about whether their States should recognize same-sex marriage. The question in these cases, however, is not what States should do about same-sex marriage but whether the Constitution answers that question for them. It does not. The Constitution leaves that question to be decided by the people of each State. The Constitution says nothing about a right to same-sex marriage, but the Court holds that the term “liberty” in the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment encompasses this right. Our Nation was founded upon the principle that every person has the unalienable right to liberty, but liberty is a term of many meanings. For classical liberals, it may include economic rights now limited by government regulation. For social democrats, it may include the right to a variety of government benefits. For today’s majority, it has a distinctively postmodern meaning. To prevent five unelected Justices from imposing their personal vision of liberty upon the American people, the Court has held that “liberty” under the Due Process Clause should be understood to protect only those rights that are “ ‘deeply rooted in this Nation’s history and tradition.’ (...) And it is beyond dispute that the right to same-sex marriage is not among those rights (...) Nor is the right to same-sex marriage deeply rooted in the traditions of other nations. No country allowed same-sex couples to marry until the Netherlands did so in 2000 (...) For today’s majority, it does not matter that the right to same-sex marriage lacks deep roots or even that it is contrary to long-established tradition. The Justices in the majority claim the authority to confer constitutional protection upon that right simply because they believe that it is fundamental.»

<sup>74</sup> «Petitioners make strong arguments rooted in social policy and considerations of fairness. They contend that same-sex couples should be allowed to affirm their love and commitment through marriage, just like opposite-sex couples. That position has undeniable appeal; over the past six years, voters and legislators in eleven States and the District of Columbia have revised their laws to allow marriage between two people of the same sex. But this Court is not a legislature. Whether same-sex marriage is a good idea should be of no concern to us. Under the Constitution, judges have power to say what the law is, not what it should be. The people who ratified the Constitution authorized courts to exercise “neither force nor will but merely judgment.” » (qui il richiamo è alle parole di Alexander Hamilton nel noto saggio apparso sul n. 78 della rivista *The Federalist*)».

<sup>75</sup> Per limitarci ad alcuni significativi passaggi: «Today, however, the Court takes the extraordinary step of ordering every State to license and recognize same-sex marriage. Many people will rejoice at this decision, and I begrudge none their celebration. But for those who believe in a government of laws, not of men, the majority’s approach is deeply disheartening. Supporters of same-sex marriage have achieved considerable success persuading their fellow citizens – through the democratic process – to adopt their view. That ends today. Five lawyers have closed the debate and enacted

Lo stesso Roberts non manca d'altra parte di specificare gli argomenti che fondano la distinzione delle reciproche sfere di competenza tra giudiziario e legislativo e che, conseguentemente, impongono di richiamare la Corte ad un più stretto rispetto delle prerogative che la Costituzione le riconosce.

Roberts osserva così, in buona sostanza, che quella del riconoscimento del diritto al matrimonio omosessuale è questione che rientra nella discrezionalità politica, la cui soluzione positiva potrebbe per avventura venire imposta (unicamente) in ragione di motivazioni politiche. E che, di contro, gli argomenti di natura giuridica addotti dalla maggioranza non sono in realtà tali da imporre l'estensione del diritto al matrimonio come comprendente il matrimonio omosessuale, in quanto il diritto al matrimonio non include il diritto a imporre allo Stato di modificare la propria definizione di matrimonio<sup>76</sup>.

Tale passaggio argomentativo è particolarmente significativo.

Esso infatti consente di sostanziare la tensione dialettica tra legislativo e giudiziario, innestandola su quella tra i livelli di governo, rispettivamente, federale e statale<sup>77</sup>.

---

their own vision of marriage as a matter of constitutional law. Stealing this issue from the people will for many cast a cloud over same-sex marriage, making a dramatic social change that much more difficult to accept. The majority's decision is an act of will, not legal judgment. The right it announces has no basis in the Constitution or this Court's precedent. The majority expressly disclaims judicial "caution" and omits even a pretense of humility, openly relying on its desire to remake society according to its own "new insight" into the "nature of injustice." (...) As a result, the Court invalidates the marriage laws of more than half the States and orders the transformation of a social institution that has formed the basis of human society for millennia, for the Kalahari Bushmen and the Han Chinese, the Carthaginians and the Aztecs. Just who do we think we are?». Ed ancora, «But today the Court puts a stop to all that. By deciding this question under the Constitution, the Court removes it from the realm of democratic decision. There will be consequences to shutting down the political process on an issue of such profound public significance. Closing debate tends to close minds. People denied a voice are less likely to accept the ruling of a court on an issue that does not seem to be the sort of thing courts usually decide.».

<sup>76</sup> «Although the policy arguments for extending marriage to same-sex couples may be compelling, the legal arguments for requiring such an extension are not. The fundamental right to marry does not include a right to make a State change its definition of marriage. And a State's decision to maintain the meaning of marriage that has persisted in every culture throughout human history can hardly be called irrational. In short, our Constitution does not enact any one theory of marriage. The people of a State are free to expand marriage to include same-sex couples, or to retain the historic definition».

<sup>77</sup> Nette e particolarmente chiare al riguardo sono anche le osservazioni di Alito, che bene evidenzia l'ampiezza delle conseguenze pregiudizievole, nelle loro interrelazioni reciproche, che, a suo dire, conseguono all'approccio della maggioranza della Corte: «Today's decision usurps the constitutional right of the people to decide whether to keep or alter the traditional understanding of marriage. The decision will also have other important consequences. It will be used to vilify Americans who are unwilling to assent to the new orthodoxy. In the course of its opinion, the majority compares traditional marriage laws to laws that denied equal treatment for African-Americans and women (...) The implications of this analogy will be exploited by those who are determined to stamp out every vestige of dissent (...) The system of federalism established by our Constitution provides a way for people with different beliefs to live together in a single nation. If the issue of same-sex marriage had

Costituisce infatti buon viatico per una ulteriore considerazione: la disciplina del matrimonio (ovvero la sua definizione) è questione che rientra tra i poteri sovrani del popolo dei singoli stati membri e quindi nella competenza legislativa di questi. I singoli stati membri e, attraverso di essi, le rispettive popolazioni rimangono cioè liberi di scegliere se tenere ferma la nozione tradizionale di matrimonio o accedere ad una sua versione evoluta e rinnovata.

In ciò v'è una evidente conferma dell'impatto di quel progressivo slittamento delle preoccupazioni interpretative che, come si è visto, caratterizza la stessa opinione di maggioranza.

Può invero rilevarsi che, così come quest'ultima, anche la minoranza, avverta la necessità di abbandonare il tema della estensione del diritto al matrimonio ovvero della sua riconducibilità alla libertà tutelata dal XIV Emendamento per focalizzare la propria attenzione sulla funzione sociale e, correlativamente, sulla nozione di matrimonio.

#### 11. *L'incerta valutazione dell'operato della Corte e del suo impatto prospettico*

Questa insistenza su ragioni e significato dell'istituto matrimoniale va probabilmente ricondotta alla preliminare scelta interpretativa della maggioranza della Corte, propensa a ricostruire la decisione del caso facendo leva sulla *due process of law clause* e lasciando invece alla *equal protection of law clause* un ruolo secondario, se non residuale<sup>78</sup>. E può di conseguenza

---

been left to the people of the States, it is likely that some States would recognize same-sex marriage and others would not. It is also possible that some States would tie recognition to protection for conscience rights. The majority today makes that impossible. By imposing its own views on the entire country, the majority facilitates the marginalization of the many Americans who have traditional ideas. Recalling the harsh treatment of gays and lesbians in the past, some may think that turnabout is fair play. But if that sentiment prevails, the Nation will experience bitter and lasting wounds. Today's decision shows that decades of attempts to restrain this Court's abuse of its authority have failed. A lesson that some will take from today's decision is that preaching about the proper method of interpreting the Constitution or the virtues of judicial self-restraint and humility cannot compete with the temptation to achieve what is viewed as a noble end by any practicable means. I do not doubt that my colleagues in the majority sincerely see in the Constitution a vision of liberty that happens to coincide with their own. But this sincerity is cause for concern, not comfort. What it evidences is the deep and perhaps irremediable corruption of our legal culture's conception of constitutional interpretation.» E, conclusivamente «Most Americans – understandably – will cheer or lament today's decision because of their views on the issue of same-sex marriage. But all Americans, whatever their thinking on that issue, should worry about what the majority's claim of power portends».

<sup>78</sup> In questo senso CLARE HUNTINGTON, *Obergefell's Conservatorism* cit., p. 23 «A substantive due process analysis required the Court to define marriage and explain its social importance. This meant the Court had to choose between competing images—social fronts—of marriage. If it had used an equal protection analysis, the Court would not have had to decide whether marriage *is* traditional or marriage *is* more plural. Instead, the Court would have espoused a thinner notion of marriage—that, whatever its essential nature, marriage must be available on equal grounds unless the state can convincingly

venire addotta a conferma delle peculiarità della interpretazione costituzionale statunitense<sup>79</sup>.

Ma soprattutto induce a riguardare con cautela l'esito complessivo della decisione della Corte. Avanzando qualche dubbio sul fatto che essa costituisca approdo certo ed ultimativo per quanti propendono per una lettura dei principi costituzionali idonea ad assecondare una più ampia e pervasiva effettività dei diritti fondamentali ovvero, in particolare, per i sostenitori dei diritti LGBT (lesbiche, gay, bisessuali, transgender)<sup>80</sup>.

Il punto merita di venire dettagliato attraverso il più puntuale richiamo alle notazioni critiche avanzate nell'ambito della stessa dottrina statunitense, ove si sono evidenziati e stigmatizzati gli effetti di marginalizzazione delle forme familiari atipiche (ovvero non fondate sul matrimonio: "*nonmarital families*") che conseguono ad *Obergefell* (ovvero più che alla sua decisione al *reasoning* sulla quale essa si fonda).

Invero, la svalutazione del ruolo di queste forme familiari e delle relazioni che da esse originano, implicita nella ricostruzione della maggioranza della Corte, tende prospetticamente ad irrigidire le soluzioni discriminatorie

---

argue otherwise. An equal protection analysis also would have obtained the need for Justice Kennedy's plea to marriage». Ed ancora (p. 27) «A more persuasive, and arguably less provocative, way to uphold the right to same-sex couples to marry would have been to base the decision purely on the equal Protection Clause. In an equality analysis, the Court have concluded that regardless of the social meaning of marriage, states cannot deny access to it based on sexual orientation absent a rational, important or compelling state interest. In this way, the Court would not have defined the proper social front of marriage, but instead determined the permissible grounds for state classification».

<sup>79</sup> In questo senso, GRAZIELLA ROMEO, *Esercizi cit.*, p. 3, secondo cui «Si tratta di una decisione emblematica soprattutto in ragione della sua attitudine a esprimere le caratteristiche tipiche della cosiddetta *common law constitutional interpretation* (...) E difatti combina il tradizionalismo e il convenzionalismo, da un lato, con lo sforzo di cogliere le nuove esigenze di tutela che provengono dalla società civile dall'altro. L'argomentazione è costruita su questo equilibrio, sulla necessità cioè di giustificare la protezione del diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso sulla base del ricorso alla tradizione al solo fine di evidenziare l'emersione della posizione giuridica in questione al *corpus* di precedenti e principi che informano la cultura giuridica americana» (L'Autrice cita al riguardo DAVID A. STRAUSS, *Common Law Constitutional Interpretation*, in *University of Chicago Law Review*, 63, 1996, pp. 877 ss.).

<sup>80</sup> «I am delighted with the result in *Obergefell v. Hodges*, but I am unhappy with the Court's reasoning (...) There are two lamentable consequences of the Court's framing. It unnecessarily disrespects people who in good faith have a different view of the social front of marriage. And it reifies marriage as a key element in the social front of family»: così CLARE HUNTINGTON, *Obergefell's Conservatorism* cit., *ivi*. In realtà, come l'Autrice immediatamente osserva (*sub* nota 4), «There are other problems with the opinion as well, some of which also flow from the decision to rest the opinion primarily on the Due Process Clause. For example, marriage equality is an important substantive and symbolic victory for promoting equal treatment of LGBT individuals, but the majority opinion is unnecessarily anchored to marriage. If the Court had seen discrimination in marriage as part of a larger question about equal citizenship, all LGBT individuals would have benefitted. A more robust LGBT rights agenda would include protection from discrimination in employment, housing, and much more.».

emergenti dall'attuale diritto di famiglia e dalle politiche sociali di sostegno alla famiglia.

E così a rendere particolarmente arduo il più ambizioso approdo ad una equiparazione, sotto il profilo dell'accesso ai benefici giuridici ed economici più direttamente legati alla dignità delle persone coinvolte ed alle esigenze di mantenimento ed educazione dei figli<sup>81</sup>.

12. *Ricadute di ordine ricostruttivo ed evidenze problematiche di portata generale. Il same sex marriage ed il valore innovativo della libertà nella dinamica del conflitto tra poteri (e tra livelli istituzionali di governo)*

Assunto in questa ulteriore dimensione prospettica, il caso *Obergefell* induce spunti di riflessione che vanno oltre lo specifico statunitense ed assumono una più ampia portata ricostruttiva.

Invero, tanto le argomentazioni poste a base del contrasto tra la maggioranza e la minoranza della Corte che le osservazioni critiche mosse nei confronti della decisione testimoniano tutte le problematicità di un approccio alle unioni omosessuali (nonché, più in generale, ai summenzionati nuovi diritti) che muova dalla (ri)definizione dell'istituto matrimoniale, per quanto evolutivamente inteso. O comunque riconosca alla individuazione delle sue connotazioni essenziali, della sua funzione giuridica e del suo (non sempre conseguente) significato sociale un rilievo determinante.

È per vero difficile sfuggire all'impressione che il tentativo della maggioranza della Corte di ricondurre il matrimonio omosessuale alla tradizione giuridica statunitense (se non persino alla cultura della Nazione) costituisca una forzatura e quindi non risulti del tutto convincente.

Prova ne sia il fatto che, come si è visto, Kennedy stesso sia costretto a concludere le proprie argomentazioni precisando ragioni e limiti dell'intervento della Corte. Ovvero soffermandosi sulla perimetrazione delle competenze, rispettivamente, della politica e della giurisdizione e, per tale via, sui reciproci rapporti.

---

<sup>81</sup> «Justice Kenedy's denigration of nonmarital families, even if unintentional, is deeply troubling. By reifying the social front of family as children with married parents, and by penning an unnecessary paean to marriage, Justice Kennedy made the lives of nonmarital families lesser. An opinion based on the Equal Protection Clause would not have had to elevate marriage and, in the process, devalue nonmarital families. In an era when marriage has become a marker of socioeconomic status, *Obergefell* has the effect of further entrenching the divide between marital and nonmarital families. Rather than marginalize nonmarital families, the law needs to strengthen and support these families. *Obergefell* makes it much harder to do so»: così, conclusivamente, CLARE HUNTINGTON, *Obergefell's Conservatorism* cit., *ivi*.

Di contro, nel lasciare sullo sfondo la questione definitoria, il ricorso al principio di eguaglianza e non discriminazione sembra effettivamente in grado di minimizzare entrambi i rischi appena segnalati. Impedisce cioè al giudice (e prima ancora al legislatore) di alterare la dinamica pluralista in argomento (ovvero la pluralità dei modi di vedere e vivere le relazioni affettive che possono legittimamente animare la società in un dato momento storico) e soprattutto consente di calibrare la risposta egualitaria in ragione degli interessi pubblici che di volta in volta sono interferiti dalle istanze di tutela fatte valere dalle persone legate da una relazione familiare ma (astrattamente declinabile come) non matrimoniale.

In effetti, a fronte di una discriminazione oggettivamente valutabile come dipendente dall'orientamento sessuale, l'eventuale negazione dell'accesso allo *status* giuridico matrimoniale (ovvero agli specifici benefici che ne derivano) dovrebbe di necessità porsi (*id est*: essere valutata) come ragionevole. Ovvero trovare fondamento in un concorrente, specifico e prevalente interesse statale.

Non che in questo modo gli spazi concessi alla discrezionalità – ovvero alla propensione creativa – del giudice vengano meno. Va anzi segnalato che proprio l'apprezzamento degli interessi statali coinvolti costituisce talora buon viatico per sottoporre le stesse scelte politiche al controllo delle istanze giurisdizionali<sup>82</sup> ed in certo senso ribaltare il rapporto tra diritto politico e diritto giurisprudenziale.

Da questo punto di vista, anche opzioni interpretative più sensibili alle istanze di eguaglianza e non discriminazione potrebbero nei fatti risultare inidonee a garantire gli esiti di maggior tutela cui pure sarebbero dichiaratamente orientate<sup>83</sup>.

In effetti, sul piano della applicazione di quei principi, molto dipende dal modo con il quale gli attori istituzionali intendono ragioni e portata di quegli interessi pubblici in grado di opporsi al riconoscimento paritario del-

---

<sup>82</sup> In argomento, per gli opportuni riscontri giurisprudenziali, rimando a GIUSEPPE D'ANGELO, *Libertà cit.*, *passim* nonché, con riferimento alle esemplificazioni più recenti, pp. 121 ss.

<sup>83</sup> Si aggiunga la constatazione per cui la maggior parte delle disposizioni normative che formalizzano o si richiamano ad un principio di non discriminazione sono poi esplicitamente intese ad escludere le sole disegualianze basate sul sesso e non anche quelle basate sull'orientamento sessuale. Tutti questi rilievi possono in effetti indurre a ritenere preferibili approcci più propensi a valorizzare in via diretta ed immediata il significato delle scelte affettive in termini di libertà o ancora che facciano leva sulla dignità umana, la quale ultima può risultare lesa tanto dal divieto di matrimonio tra persone dello stesso sesso che dalla esclusione delle coppie non matrimoniali dai benefici previsti per le famiglie fondate sul matrimonio. In realtà, può piuttosto osservarsi che questi diversi approcci non sono affatto contraddittori ed antagonisti ma trovano nel comune orientamento al valore fondante della persona ragione e forza di una loro più compiuta (e convincente) traduzione pratica.

le unioni non matrimoniali. Ovvero dalla effettiva propensione degli attori istituzionali, nella complessità delle loro relazioni reciproche, a valorizzare quel collegamento tra libertà, identità e dignità della persona, che porterebbe a sostanziare e valorizzare nei fatti la forte carica innovativa della prima<sup>84</sup>.

Neppure può pensarsi d'altra parte che si tratti di un percorso lineare, leggibile in termini univoci e progressivi, fatto di sicure convergenze istituzionali<sup>85</sup>.

L'esperienza statunitense evidenzia anzi che larga parte di questi esiti sono da imputare alla condizione in cui versano i (mutevoli) rapporti tra poteri dello Stato e tra livelli istituzionali di governo. Più nello specifico alla particolare curvatura che, in un tempo di crisi perenne (e quindi, paradossalmente, di non crisi) quale quello attuale, è assunta dal diritto giurisprudenziale<sup>86</sup>.

Non sembra peraltro che si tratti di un caso isolato ma piuttosto di una testimonianza, particolarmente significativa, dell'importanza di una variabile di fatto di cui occorre tenere conto. Tanto sul piano ricostruttivo che su quello valutativo.

---

<sup>84</sup> In questo senso appare discutibile il passaggio – per lo più implicito nella posizione del giudice Kennedy – dalla “libertà” di cui al XIV Emendamento al “diritto” al matrimonio. Un passaggio nel corso del quale la prima sembra perdere molto del suo effettivo collegamento – questo, sì, esplicitamente richiamato dalla Corte – alla dignità della persona ed al rispetto della sua identità.

<sup>85</sup> Cfr., con riguardo alla contrapposizione tra modello legislativo e modello giurisdizionale di intervento nella materia che ci occupa, LUCA IMARISIO, *Le unioni omosessuali tra giudici e legislatori: percorsi e modelli di riconoscimento e disciplina*, in MASSIMO CAVINO - CHIARA TRIPODINA (a cura di), *La tutela* cit., pp. 83 ss.

<sup>86</sup> Esemplari, nel dare conto – con particolare riguardo al sistema statunitense ma con argomentazioni dalla evidente portata più generale – dei più recenti percorsi della «legittimazione politica ed istituzionale di tale funzione creativa della giurisprudenza» e segnalare le ambiguità che ne derivano in ragione della «mancanza di contropoteri globali genuinamente politici», ragion per cui «persino i tratti più profondi del modello di *common law*, in *primis* un giudiziario forte, *indipendente* e isolato dalle pressioni del potere, sono stati progressivamente e poi violentemente abbandonati mentre sopravvive, e anzi si rafforza, una retorica fondata su diritti umani universali e sulla *rule of law*», le considerazioni di UGO MATTEI, *Il modello di Common Law*, Giappichelli, Torino, 2014 pp. 189 ss. Con più specifico riguardo al caso *Obergefell* si veda poi quanto l'Autore osserva oltre, pp. 196-197, e ivi, *sub* nota 153, prima ancora della decisione della Corte: «in materie di siffatta importanza sono in ballo equilibri politico-istituzionali delicatissimi, nell'ambito dei quali una Corte Suprema sostanzialmente spaccata cinque a quattro, dipende sempre più dall'ago della bilancia, Anthony Kennedy, un oscuro costituzionalista californiano quasi ottantenne nominato da Reagan un anno prima della caduta del Muro di Berlino, sulle cui scelte più o meno schierate col blocco ultra-conservatore (Roberts, Scalia, Alito, Thomas) si regge oggi, davvero in modo paradossale la “rule of law” negli Stati Uniti». Ed invero, sembra «quasi incredibile che biblioteche intere siano state dedicate alla celebrazione di un sistema statunitense governato dalla legge e non dall'arbitrio dell'uomo (*rule of law*) per ritrovarci oggi a scommettere sull'inclinazione di Kennedy su ogni questione controversa. Si discute poi sulla salute dell'anziana Ruth Ginsburg che, non essendosi ritirata quando si riteneva dovesse farlo, toglie oggi ad Obama la possibilità di una nuova nomina più duratura alla Corte dopo quelle di Sotomayor e Kagan».